

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**



**Trabajo de investigación para optar al título de  
Máster en Derecho Penal Y Procesal Penal**

**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN EL  
DERECHO PENAL NICARAGUENSE.**

**Autor: Alejandro José López  
Tutora: Suhey Mercedes Fúnez Narváez**

**Managua, Agosto 2010**

## ACTA DE APROBACIÓN

El suscrito tutor (a) hace constar:

Que el/la estudiante **Alejandro José López**, carné número **9CJ803008**, ha elaborado su artículo de investigación o paper, de conformidad con lo estipulado en la *"Normativa para la elaboración del trabajo de graduación como forma de culminación de estudios en los programas de especialización y maestrías"*, tanto en las consideraciones técnicas en cuanto al fondo del tema, así como la estructura y metodología al tenor de los arts. 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 13 de dicha normativa.

Por lo tanto al criterio de esta tutora, el presente Trabajo Final de Graduación reúne los requisitos de fondo y forma que permiten a la *Coordinación de Postgrados y Formación Continua* proceder a su respectiva revisión normativa, como requisito previo a la programación de su defensa.

Dado en la ciudad de Managua, a los seis días del mes de Mayo del 2010.

  
Subey Mercedes Rúniz Narváez  
Tutora

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LA LEGISLACIÓN NICARAGUENSE

## Resumen

*Este trabajo de investigación sobre el consentimiento informado del paciente en la legislación nacional, trata de introducirnos a los abogados litigantes, jueces, fiscales y demás operadores de justicia, al estudio de un aspecto del derecho penal en general, que ha sido abordado por la doctrina penal a nivel internacional, en los países de mayor desarrollo de la ciencia del derecho. El consentimiento es un tema, poco común en el ámbito de investigación del derecho penal de Nicaragua, a pesar de estar recogido en el Código Penal, aunque no de manera expresa para la actividad médica, pero ha estado establecido en el ordenamiento jurídico penal nacional, en diversos tipos penales que tutelan bienes jurídicos, como la propiedad material e intelectual y la libertad entre otros. Con el nuevo Código Penal que entró en vigencia en el año dos mil ocho, se ha introducido la eximente por consentimiento para los que ejercen la profesión médica, y que en su actuación o ejercicio de la profesión causen lesiones a la integridad física a un sujeto; por lo novedoso de la eximente, trae consigo la posibilidad a efectos jurisprudenciales, de enriquecer la actuación de los sujetos intervinientes en el proceso penal y en la misma actividad médica. Como veremos en todo el trabajo que se presenta, se ha escrito abundantemente sobre diferentes aspectos del tema del consentimiento y por eso, los aportes a través de los criterios y las posiciones doctrinales, jurisprudenciales y teóricas de los tratadistas del Derecho Penal, principalmente de España y Alemania, constituyen nuestras mayores fuentes de enriquecimiento para el sustento de la presente investigación.*

## Índice o tabla de contenido

**1.-Introducción; 2. Consentimiento en general; 2.1 Antecedentes en Derecho Penal del consentimiento informado del paciente; 2.2 El consentimiento informado del paciente; 3. Requisitos del consentimiento en Derecho Penal; 3.1 Capacidad; 3.1.1. Límites de la posición de garante de los padres, respecto al menor o incapaz; 3.2 Titularidad; 3.3 Libertad; 3.4 Licitud del objeto; 3.5 Licitud de la causa; 3.6 La forma; 3.7 El tiempo; 4. Actos que anulan el consentimiento; 5. Contenido y límites del consentimiento informado del paciente; 6. El consentimiento presunto del paciente; 7. Bien jurídico, actividad médica y otras consecuencias en la disposición del propio cuerpo; 7.1. El delito; 7.2.El bien jurídico tutelado; 7.3 El acto médico; 7.4. El médico y el Derecho Penal; 7.5 El médico y el deber de socorro; 7.6 El consentimiento en bienes jurídicos relacionados a la disposición del propio cuerpo; 7.6.1 Vida independiente; 7.6.2 Vida no independiente; 7.6.3**

*Salud e integridad física; 7.6.4. Tratamiento médico-quirúrgico; 7.6.5. La experimentación; 7.6.6. Procreación artificial; 7.6.7. Fecundación in vitro; 7.6.8. Maternidad alquilada; 7.6.9. Manipulaciones genéticas; 7.6.10. Internamiento de enfermos mentales; 8.-Tratamiento del consentimiento como eximente de responsabilidad penal; 8.1.-Bienes jurídicos disponibles y bienes jurídicos no disponibles; 8.2 El Consentimiento como exclusión de la tipicidad; 8.3. El Consentimiento como causa de exclusión de la anti juridicidad; 9. El tratamiento del consentimiento en nuestra legislación penal; 9.1 El consentimiento informado del paciente, la actividad médica en Nicaragua, sus regulaciones; 9.2. El arto. 157 del Código Penal, sus alcances y trascendencias; 10. Conclusiones; 11. Recomendaciones.*

## **1.-Introducción**

El presente trabajo está dirigido a introducirnos a un aspecto de mucha relevancia, el consentimiento en general y específicamente, en la actividad médica-quirúrgica, existe abundante doctrina al respecto, la cual, tratamos de armonizar en este documento para que podamos abonar a los fundamentos del Derecho Penal nacional que ha sido modificado por una reforma sustancial a las principales normativas que tutelan y protegen bienes jurídicos de la colectividad. A su vez, se trata de despertar en los estudiosos del derecho penal nacional el interés por introducirse a este tema, no muy discutido en nuestro foro nacional.

Diariamente se producen hechos que despiertan el interés de la sociedad en la actividad médica que llevan consigo el aspecto del consentimiento y que no le damos la relevancia debida, principalmente por desconocer los alcances y las trascendencias del consentimiento del particular o del usuario del sistema de salud. Han existido algunos casos de cirugías estéticas e incluso de modificación de órganos sexuales, en las cuales, ciudadanos nicaragüenses se han visto involucrados y han sufrido daños corporales irreversibles, y en ello, el consentimiento del sujeto y la falta de regulación, han estado de por medio, y no se le ha dado respuesta, ni por el Derecho Penal nacional, ni por los medios de comunicación que difunden muchas veces estos casos.

El consentimiento en general, si es un tema de frecuente aplicación en materia civil, pues de ello depende la vida de los contratos y las obligaciones, pero, no sucede lo mismo en materia penal, y esto se debe al desconocimiento de la incidencia de este concepto en varios tipos penales y que llegan a constituir verdaderas causas de atipicidad y de justificación que dan lugar a excluir los castigos corporales a los posibles sujetos activos de estas conductas o bien puede detectarse vicios al no informar adecuadamente al paciente sobre su trascendencia y consecuencias.

Exponemos a continuación un tema que se combina principalmente de posiciones doctrinales de estudiosos del Derecho Penal y lo poco que nuestro Derecho Civil y penal tienen regulado en el ordenamiento jurídico, sobre el consentimiento en general y en especial, sobre el consentimiento informado del paciente.

## **2.-El Consentimiento en general**

Es conceptuado por la Real Academia de la lengua española, a través del diccionario ilustrado como: “La conformidad de las voluntades entre los contratantes, o sea entre la oferta y su aceptación, que es el requisito de los contratos, es consentir o permitir una cosa o condescender en que se haga”<sup>1</sup>.

Esta categoría Jurídica está presente en todo el derecho en general, teniendo principal relevancia en el Derecho Civil, fundamentalmente en materia contractual, Guillermo Cabanellas, lo conceptúa como: “la acción y efecto de consentir, del latín *Consintiere*, de sentir, compartir el sentimiento, permitir una cosa o condescender en que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos”<sup>2</sup>.

Presupone entonces, el consentimiento la unión de dos voluntades libremente expresada para permitir la realización de un acto o un hecho; es evidente, la influencia civilista en las definiciones sobre el contenido del consentimiento, la gran relevancia para los tratadistas de los contratos que tiene este tema, de ahí que en

---

<sup>1</sup> Véase Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Grupo Editorial Océano, Barcelona, España, 1997.

<sup>2</sup> Cabanellas de Torres, G, *Diccionario Jurídico Elemental*, España: Heliasta S.R.L. 1996, p886.

Derecho Penal, es un tema relativamente nuevo, es así que modernamente estudiosos del Derecho Penal, se han ocupado de este tema, toda vez que se producen hechos sociales, que exigen la regulación de conductas en la actividad médico-quirúrgica que están influenciadas y son determinantes para ese quehacer.

Así, Francisco Bueno, facultativo del Consejo General del Poder Judicial de España, citando a otros autores, determina que en materia penal y específicamente para la actividad médica, se debe conceptuar: “el consentimiento como el acuerdo de dos voluntades, el encuentro de dos declaraciones de voluntad que partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen”<sup>3</sup>. Este mismo autor, profundiza el concepto del consentimiento y continúa su argumentación y definición, expresando que el consentimiento es: “La declaración de conformidad de la voluntad de la persona consentidora con el acto voluntario de otro, supone la existencia de dos sujetos cuyas voluntades coinciden sobre un mismo objeto, expresa o tácitamente, y simultanea o sucesivamente”<sup>4</sup>.

#### *2.1.-Antecedentes en derecho Penal del Consentimiento informado del paciente*

El consentimiento es tratado desde los precursores del derecho como ciencia, y constituyó el centro de la teoría civilista de los contratos para el Derecho Romano, el desarrollo social, económico y político de los países, ha generado un sinnúmero de campos de relaciones sociales que requiere la regulación de conductas humanas que en determinados casos, ponen en peligro e incluso, han afectado bienes jurídicamente tutelados, uno por su titular y otros por el Estado.

De los precursores del consentimiento informado del paciente, refieren que uno de los actos históricos que da origen a este tema, es la declaración de Filadelfia de 1774, que establece y dice Julio Cesar Galán al respecto: “El derecho de las personas a la vida, a la libertad, y a la propiedad, destacando de forma expresa que

---

<sup>3</sup> Bueno Arus, F. Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.11.

<sup>4</sup> Bueno Arus, F. Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.11.

no han cedido nunca, en ningún Poder Soberano el derecho de disponer de ellos sin su consentimiento<sup>5</sup>.

Habla el autor precitado, que entre los antecedentes del consentimiento en materia penal y específicamente en la actividad médica, sitúa la obra la “*Ética Médica* de Thomas Percival en 1803, quien al referirse a los distintos procesos patológicos señala que el médico debe informar periódicamente de las manifestaciones peligrosas de la enfermedad a los amigos del paciente. No debe exagerar ni minimizar la gravedad de la condición del paciente. Debe asegurarse personalmente de que el paciente o sus allegados, tengan el conocimiento del estado del enfermo que sea necesario para proteger los mejores intereses del paciente y de la familia<sup>6</sup>.

Para 1947 se produce un primer antecedente de inclusión de los derechos de los pacientes, en relación a la información dentro de un texto legal como lo fue el Código de Núremberg que es dedicado a la investigación en seres humanos y se reconoce el derecho de los pacientes a su libre autodeterminación; sobre ello Julio César Galán apunta: “Las primeras cartas de derechos de los pacientes en su relación con el sistema sanitario público son las declaraciones de Derechos de Beth Israel, Hospital de Boston y del Martín Luther King Health Center de Nueva York. En Francia aparece en 1974 la carta de los derechos y deberes de los pacientes, ese mismo año, el Comité Hospitalario de la Comunidad Europea, crea la Carta del Enfermo Usuario del Hospital, aprobada por la Asamblea del Comité de la CEE en 1979”<sup>7</sup>.

Continúa expresando Julio César Galán: “Se elabora un Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos en 1984, en el cual, señalan que el consentimiento informado, consiste en la explicación a un paciente, atento y mentalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos

---

<sup>5</sup> Galán Cortes, J. C. *El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, 1997, p 21.

<sup>6</sup> Galán Cortes, J.C. *El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, 1997, p 21.

<sup>7</sup> Galán Cortes, J.C. *El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, 1997, p 21.

recomendados a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada, la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente”<sup>8</sup>.

Finalmente, se produce en Ámsterdam, Holanda, del 28 al 30 de Marzo de 1984, la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, auspiciada por la Organización Mundial de la Salud, en donde se aborda el tema del consentimiento y se expresan algunos puntos importantes que se detallan a continuación ya que abordan aspectos esenciales que hoy en día recogen los diferentes autores, tratadistas del Derecho Penal y las legislaciones de muchos países del mundo.

1. El consentimiento formal del paciente, es requisito esencial para cualquier intervención médica.
2. El paciente tiene el derecho de rechazar o interrumpir una intervención médica. Las consecuencias de ello, deben ser explicadas cuidadosamente al paciente.
3. Cuando un paciente sea incapaz de expresar su voluntad y la intervención médica sea urgente, se presume que ha consentido, a menos que quede claro por una expresión de su voluntad, que rehúsa.
4. Cuando el consentimiento de un representante legal sea necesario y la intervención quirúrgica sea urgente, podrá hacerse la intervención, si no ha sido posible obtener a tiempo el consentimiento del representante.

---

<sup>8</sup> Galán Cortes, J. C. *El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, 1997, p 31.



5. Cuando sea necesario el consentimiento de un representante legal, los pacientes (menores o adultos) deben, no obstante, ser consultados a efectos de la toma de decisión de la forma más adecuada a su capacidad de decisión.
6. Si un representante no quiere dar el consentimiento y el médico es de la opinión, que la intervención beneficia al paciente, la decisión debe someterse a tribunales o árbitros.
7. En todas las demás situaciones donde el paciente no pueda dar su consentimiento y además no exista representante legal, deben tomarse medidas adecuadas para conseguir que una decisión, pueda hacer que el proceso continúe, teniendo en cuenta todos los datos conocidos o que puedan ser supuestos sobre los deseos del paciente.
8. El consentimiento del paciente se necesita para la conservación y uso de todas las partes del cuerpo humano. Se presumirá cuando sean utilizados en proceso de diagnóstico, tratamiento y cuidado de dicho paciente.
9. El consentimiento formal del paciente, es requisito para la participación en la investigación científica. Todos los protocolos deben estar sujetos a procedimientos y revisiones éticas.

Expresa Julio César Galán que “dicha investigación no debe llevarse a cabo con personas incapaces de expresar su voluntad a menos que se consiga de su representante legal y que la investigación sea de provecho para el paciente. Como excepción a lo anterior, una persona incompetente puede quedar involucrada en investigaciones que no afecten directamente su salud y donde el riesgo sea mínimo y que además dicha investigación tenga valor médico y no respete los métodos y objetivos de la investigación”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Galán Cortes, J.C. El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios, Editorial Colex, 1997, p 32.

Las consideraciones establecidas en este instrumento internacional, son las que se recogen en la actualidad y como se expondrá más adelante, son las que se discuten y estudian en la doctrina moderna del derecho penal en materia de la praxis médica.

## 2.2 El consentimiento informado del paciente

Se puede definir a la luz de la doctrina penal y de lo que contempla nuestra Ley de Salud en Nicaragua, que en medicina, el consentimiento informado del paciente, es el procedimiento médico formal, cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente, y debe reunir al menos tres requisitos que son:

*a) Voluntariedad:* Los sujetos, deben decidir libremente, someterse a un tratamiento o participar en un estudio, sin que haya persuasión, manipulación, ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado, cuando es solicitado por persona en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.

*b) Información:* Debe ser comprensible y debe incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, sus beneficios y riesgos potenciales y la posibilidad de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos.

*c) Compresión:* Es la capacidad de comprender que tiene el paciente que recibe la información”<sup>10</sup>. Todo ello es la consideración más general que existe sobre el significado del consentimiento informado del paciente a efectos no solo desde el punto de vista médico sino también del Derecho Penal.

El consentimiento informado será verbal por regla general y se prestará por escrito en intervenciones quirúrgicas, procedimientos de diagnóstico y terapéuticos invasores y en general, en los procedimientos que supongan riesgos inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

---

<sup>10</sup> Ver informe de consentimiento informado. Recuperado el 15 de Noviembre, 2010.  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento\\_Informado](http://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento_Informado).

### **3.- Requisitos del consentimiento informado del paciente**

El consentimiento de una persona o la conducta de otra, en cuanto se realiza un acto que puede producir consecuencias de orden jurídico, es un acto jurídico, y como tal, ha de reunir unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para producir los efectos previstos. Los requisitos de validez del consentimiento en el ámbito penal, no son los mismos en todos los supuestos.

Así, el consentimiento que expresa simplemente la falta de sumisión forzada a la conducta de otro, por ejemplo, en el caso de delitos sexuales como, estupro, raptó, violación, entre otros, estamos ante un consentimiento natural, y por otro lado, el consentimiento que consiste en la transmisión de bienes, regulada por el ordenamiento, caso de delitos contra la propiedad, se trata de un negocio jurídico cuyos requisitos de validez, vendrán establecidos por la rama del derecho que corresponda en cada supuesto.

En nuestra legislación civil, sobre los contratos y sus requisitos para su validez, se señala según el artículo 2448 C, que “El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado, la manifestación puede ser hecha de palabra, por telégrafos, teléfono, por escrito o por hechos que necesariamente se deduzca”. Como se ha mencionado antes, en el tema relativo al consentimiento en el derecho en general, se expresa ahí, los requisitos esenciales y similares, que son tomados en cuenta para cada uno de los aspectos donde se aplica el consentimiento, verbi gracia, Derecho Mercantil, Derecho Fiscal, Civil entre otros, todo ello, tiene que ver con la unidad fundamental del ordenamiento jurídico que no admite contradicciones esenciales entre sus diversas ramas, y el carácter supletorio del Derecho común para el Derecho Penal, hace que los requisitos para determinados actos sean aplicables de forma general, sin que se violen por ello los principios de legalidad y debido proceso.

Ahora bien, en todo caso el consentimiento con relevancia jurídico-penal como causa de atipicidad o de justificación, es un acto jurídico y como tal, ha de reunir unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva y formal del acto.

Existen varias razones para postular que, en principio tales requisitos sean los exigidos por la teoría general del derecho y al efecto plantea Francisco Bueno que: “La concepción de la anti juridicidad como oposición de una conducta, no al Derecho Penal, sino a todo el ordenamiento, lo que determina que una conducta justificada lo sea también para todo el ordenamiento. Lo dicho impide sin embargo, que la *ratio iuris* de unos y otros preceptos pueda dotar a la misma institución de un contenido diverso en el ámbito, no solo del Derecho Penal en relación con las demás ramas jurídicas, sino incluso en unos y otros sectores de la misma rama, lo que solo una adecuada interpretación teleológica y sistemática del precepto correspondiente podrá poner de manifiesto en cada caso”<sup>11</sup>.

De todo lo expuesto, se deducen y es unánime la posición doctrinal de los tratadistas del Derecho Penal moderno, como Cerezo Mir, Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Bueno Arus, que los requisitos generales del consentimiento en materia penal son:

- Capacidad.
- Titularidad.
- Libertad.
- Licitud del Objeto.
- Licitud de la Causa.
- Forma.
- El Tiempo.

### *3.1. La capacidad*

---

<sup>11</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985 p.12.

Significa según Francisco Bueno, “La aptitud de las personas para realizar actos con trascendencias jurídicas. La capacidad para realizar actos con responsabilidad penal, se denomina imputabilidad y de ellas están excluidos los menores de edad, los enajenados mentalmente, los que estén en estado de trastorno mental transitorio y los que tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia”<sup>12</sup>.

La capacidad es un requisito eminentemente jurídico-civil que finaliza con la muerte; por ello, de aquí que, el derecho de disponer de su propio cuerpo para después de la muerte carezca de fundamento inamovible. En los casos de incapacidad para prestar un consentimiento con conocimiento y voluntad, debe considerarse válido el consentimiento prestado por el representante legal del menor o incapaz a menos que la ley lo excluya expresamente.

Nuestra legislación común señala que, para que el consentimiento sea válido se necesita que el que lo manifiesta sea legalmente capaz, y sigue diciendo, toda persona es legalmente capaz; son incapaces de conformidad con la normativa de este código absolutamente, los dementes, los impúberes, los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o de otro modo claro o indubitable.

Los artículos 7 y 10 del Código Civil de Nicaragua, son taxativos en enumerar la incapacidad absoluta para ejercer derechos y contraer obligaciones de las y los ciudadanos nacionales y establecen que: “art. 7 Tienen incapacidad absoluta: 1º las personas por nacer. 2º los impúberes. 3º los dementes. 4º los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y señala en el artículo 10 de ese mismo cuerpo normativo que, los incapaces pueden adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales”.

De modo que, queda claro nuestra legislación civil, actúa complementariamente con el Código Penal, cuando se trata de incapaces, correspondiéndole al representante legal brindar el consentimiento válido.

---

<sup>12</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.12.

### *3.1.1-Limites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor*

El ejercicio de la patria potestad que comporta al mismo tiempo derechos y deberes para los titulares de la misma, fundamentaría la obligación de los padres de hacer todo lo necesario para salvaguardar la salud y la vida de los hijos sometidos a dicha tutela, o tal vez mejor, una vez comprobada la existencia de aquella, bastaría con la mera relación de dependencia material de estos en relación con aquellos; relación que se acepta sin discusión con el recién nacido, pero también es admisible en edades más avanzadas en las que el menor es naturalmente capaz de desenvolverse fácticamente por sí mismo, pero pueden producirse todavía situaciones concretas de dependencia afectiva respecto de sus padres.

Pero se vuelve interesante el tema en cuanto, a quién le es permitido en casos concretos y específicos el otorgamiento del consentimiento o no del sujeto pasivo, la contradicción que se puede generar cuando los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento nacional, permiten al particular disponer de ello. En este sentido, Mendazona plantea que: “Es unánime la opinión entre los estudiosos del Derecho Penal que, el ejercicio de la patria potestad no faculta a los padres para tomar decisiones irreversibles, que puedan poner en serio peligro la vida de sus hijos menores al dar prioridad a otros intereses”<sup>13</sup>.

En concreto, la cuestión se ha planteado ante la hipotética negativa de los padres a que el hijo reciba transfusión de sangre vital, por pertenecer al grupo religioso de los Testigos de Jehová, en cuyas reglas religiosas, como es sabido se prohíben tales prácticas.

En estos casos se propugna que no debe ceder en ningún caso el ordenamiento jurídico en la protección de la vida humana por dar preferencia al derecho a la libertad religiosa, cuando el afectado es un menor o incluso incapaz, enfermo o deficiente mental, el posible respeto a la elección entre unos y otros valores no sería admisible a los padres en relación con sus hijos.

---

<sup>13</sup> Edorta Cabrerros, Mendazona, “La negativa a los tratamientos sanitarios, en los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios. *Cuarto congreso Derecho y Salud Vitoria*, 1996, p 36.

En esta hipótesis, expresa Carlos María Romeo, “Existe un auténtico conflicto de conciencia, pues se enfrentan la vida o la salud del hijo con la conciencia de los padres, no con la propia conciencia del hijo, con el cual no obstante, también puede llegar a presentarse. Quiere decir que estamos ante colisión de deberes interpersonales, que se resuelve a favor del interés de mayor valor desde el punto de vista jurídico, que es la vida o la salud del menor. El deber de los padres, precisamente por esa función asumida de protección del bien jurídico, la vida y la salud del hijo, consiste en hacer todo lo necesario en beneficio de la salvaguarda y protección del mismo, hasta que llegado a la edad adulta, pueda hacer uso por sí mismo de su libertad religiosa y asumir personalmente las consecuencias más trascendentales de sus propias decisiones”<sup>14</sup>.

### 3.2. *Titularidad*

Este requisito está determinado básicamente, por quién es el que puede disponer del bien jurídico?

Se establece entonces quien debe ser el que tiene la facultad de disposición y ha de ser, señala Julio Armaza, “El titular único del bien jurídico, pues de compartir la titularidad con otros sujetos, únicamente procederá en la medida en que todos se muestren de acuerdo con la disposición o renuncia. No procede la aquiescencia, respecto de bienes jurídicos colectivos, cuyo titular es el Estado ( falsificación de moneda, defraudación de rentas de Aduana, delitos de corrupción de funcionarios por ejemplo) es improcedente, igualmente si importa una violación de los Derechos Humanos esenciales y por lo mismo, no es válido el consentimiento que otorga un sujeto para ser sometido a esclavitud o a experimentos científicos con resultado aun no constatado y extremadamente peligrosos para la vida”<sup>15</sup>.

Nadie puede disponer lo que no tiene, ni puede disponer de lo que es propio de la colectividad bajo apariencia de ser ofendido de una conducta. Obvio, es indicar que

---

<sup>14</sup> Así, Romeo Casabona, C. M. límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor, *en revista de derecho penal y criminología*, 2da Época, 1998, p.329.

<sup>15</sup> Así, Armaza Galdós, Julio, “La eximente por Consentimiento del Titular del Bien Jurídico” *revista de derecho penal y criminología*, 2 época, 1998, p.120.

la titularidad de un derecho, cede ante la titularidad de un derecho superior, que pueda estar íntimamente vinculado con el primero.

Este sentido, considera Julio Armaza “el derecho a la libre disposición de su cuerpo por la madre (derecho al aborto) cede ante el derecho a la vida del fruto de la concepción, salvo aquellos supuestos en que el ordenamiento autorice expresamente lo contrario”<sup>16</sup>.

Debe tenerse presente que estamos ante dos tipos de bienes jurídicos en el mundo del consentimiento, los que se pueden resumir en: aquellos que el titular del bien jurídico, puede disponer libremente, otorgando consentimiento libre y aquellos casos en que no se puede disponer individualmente del bien jurídico, porque es el Estado quien tiene la titularidad y le está vedado este derecho, dado el interés superior de los bienes jurídicos que tutela como representante de la sociedad.

### 3.3. *Libertad*

El consentimiento supone la concurrencia libre, de dos voluntades sobre un mismo objeto, no habrá libertad cuando se haya prestado el consentimiento con algunos vicios de la voluntad, tales como el error esencial, la violencia física, la intimidación y el engaño.

En la legislación civil de Nicaragua, artículos 2455, 2467 y 2468 C, se establecen que si hay error sobre la persona, solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo; hay violencia, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible y hay intimidación, cuando se inspira a uno de los contratantes, el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes o en la persona o bienes de los cónyuges, ascendientes y descendientes del contratante.

---

<sup>16</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.12.



De lo anterior, se deviene que mientras existan estos actos que vician el consentimiento no hay libertad para otorgarlo y por lo tanto, este consentimiento si es que se obtiene, será anulable y no producirá los efectos que se espera.

Muy concretamente y que analizaremos en su momento, el artículo 157 del Código Penal de Nicaragua, prevé algunos de los requisitos para la validez del consentimiento del paciente, fundamentalmente cuando se trata de lesiones producidas en la actividad médica y señala que este consentimiento debe ser, libre, consciente y espontáneo.

Francisco Bueno considera que: “La libre voluntad del hombre, al consentir en los actos de libre disposición de su cuerpo no siempre es evidente, aun reduciéndolo a un concepto vulgar y cotidiano de libertad, dudosamente pueden considerarse libre de decisiones de un enfermo oprimido por el dolor, de un anciano sin esperanza, de un hombre angustiado por la miseria, negar sin embargo, en todos esos casos, la capacidad de decisión al individuo y transferirla a la sociedad significaría la conversión en objeto y una alienación intolerable. La información en el caso de actos de disposición sobre el propio cuerpo, habrá de comprender los peligros para la salud y la vida, las probabilidades de éxito, la previsible duración del tratamiento y la significación jurídica y moral del hecho desde el punto de vista de la sociedad”<sup>17</sup>.

Es inválido el consentimiento obtenido con amenazas o vías de hecho, o bien con actos de engaños, que impidan asentir de la forma más transparente, si el sujeto pasivo tiene la capacidad y la titularidad para disponer de su propio cuerpo, basta que de su libre y espontánea voluntad otorgue el permiso para que se pueda realizar el acto jurídico que corresponda.

En relación a la libertad de consentir, opina Bernardo del Rosal, “Todo tratamiento indicado precisará del consentimiento previo, informado y libre y no obtenido por precio o recompensa del paciente o de sus representantes legales, familiares o

---

<sup>17</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en Revista Poder Judicial, número 15, 1985, p.13.

personas a él allegadas, salvo imposibilidad de averiguación de la voluntad de aquél o éstos, o supuestos de riesgos para la salud pública”<sup>18</sup>.

### *3.4 Licitud del objeto*

En el Derecho Civil nicaragüense, se contempla a través de los artículos 2475, 2476 y 2479, que el *objeto* del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, es nulo el contrato, cuyo *objeto* no sea física y legalmente posible, tampoco pueden ser objeto de contrato las cosas o actos que no se puedan reducir a un valor exigible, ni los actos contrarios a la moral pública o a las obligaciones impuestas por la ley.

Para el Derecho Penal se ha de entender la licitud del objeto en el consentimiento informado del paciente, en un primer lugar, en sentido material, como la cosa sobre la que recae la acción de los sujetos. En sentido jurídico formal, es el bien, derecho, interés protegido por la norma del cual aparece como titular y sobre el cual tiene poder de disposición el sujeto pasivo (bien jurídicamente protegido).

Para Francisco Bueno, “El objeto o los bienes tienen que ser de naturaleza disponible por su titular para que el consentimiento resulte eficaz. La disponibilidad o indisponibilidad no es siempre una cuestión que decida la ley positiva, sino que viene determinada por los principios generales del ordenamiento, inspirados por criterios de derecho natural o de ética social, y una ley positiva que los ignorara, sería considerada injusta por la opinión pública. Entre los bienes indisponibles ocupa naturalmente el primer rango la vida humana, pues es inherente a cualquier ética social no hipócrita la necesidad de defender a toda costa lo que constituye el núcleo esencial de la condición de ser hombre y por ende, de la estructura y conservación de las agrupaciones humanas, y que es a la vez soporte indispensable del cualquiera otros derechos. Por ello en mi opinión, la santidad de la vida debe primar sobre la calidad de la misma, de aquí que exista simultáneamente un interés individual y un interés social en la conservación de la vida humana, sin que ninguno de los dos pueda prevalecer con exclusividad sobre el otro. Por lo cual resulta

---

<sup>18</sup> Del Rosal Blasco, Bernardo, *El Tratamiento Jurídico-penal y Doctrinal de la Eutanasia en España*. Madrid, Editorial colex, 1998, p 616.

inadmisible en el terreno de los principios, tanto la renuncia a seguir viviendo como la imposición a otro de una decisión mortal”<sup>19</sup>.

### 3.5 *Licitud de la causa*

Es la razón por la cual se realiza un acto determinado; así para la donación de un órgano humano de su propio cuerpo a otro o la de sangre, será la causa la de contribuir a salvar una vida, lo cual es una causa no solo lícita en el mundo del derecho, sino una posición altruista. De igual forma, la que pretende realizarse una liposucción o una cirugía estética en el rostro u otra parte de su cuerpo, lo hará por una causa que es embellecer o asegurarse una figura esbelta, todo ello es una causa lícita.

En este sentido Francisco Bueno, dice que, “La causa, el fin o motivo de un acto, es aquello que se quiere conseguir con la realización del acto, y que resulta ajeno al acto en sí mismo, su trascendencia es diversa en los diferentes supuestos. En los casos de disposición sobre el propio cuerpo, tiene una innegable relevancia, los criterios de la ética social o de la moral pública sobre el particular. La doctrina y la jurisprudencia (Internacional o en el Derecho comparado) han considerado lícitos determinados actos de disposición del propio cuerpo realizados gratuitamente por razones puramente altruistas y por el contrario ilícitos, los actos realizados con ánimo de lucro”<sup>20</sup>.

Se establece en el Derecho Penal Español, Decreto 1574 del 26 de Junio de 1975, artículos 2.1 y 7.1 que la donación de sangre constituye un acto voluntario, de carácter altruista, desinteresado, y consecuentemente, no puede ser causa de contraprestación alguna, directa o indirectamente, no obstante la Dirección General

---

<sup>19</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en Revista Poder Judicial, número 15, 1985, p.13.

<sup>20</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en Revista Poder Judicial, número 15, 1985, p.13.

de Sanidad podrá autorizar que se perciba una gratificación económica para estimular las extracciones de sangre.

Es considerado ilícito el acto médico, en los casos donde se procede a negociar con órganos humanos, o bien la venta sin escrúpulos de la sangre humana para obtener jugosas ganancias, como sucedía en los años setenta en nuestro país con la empresa Plasmaférisis, que negociaba la sangre de los nicaragüenses, la cual era comprada en sumas ridículas y era una mercancía para el intercambio.

### *3.6 La forma*

El consentimiento ha de expresarse o manifestarse externamente, siendo indiferente la forma, siempre que aquél pueda ser conocido por los demás y que la voluntad manifestada, coincida con la voluntad interna del sujeto, en principio ha de ser expreso, escrito o de palabra, salvo que la ley exija para algunos casos solamente el consentimiento escrito, como es el caso de la Ley Española número 30 del 27 de Octubre de 1979, en su artículo 4.

Hay casos, señala Francisco Bueno, “En que debe admitirse la eficacia del consentimiento presunto sobre la base de que el supuesto lesionado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, habría desde su punto de vista personal, consentido en la acción. Se trata de una interpretación de la dirección de la voluntad del supuestamente lesionado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. En estos supuestos, el actor obra de acuerdo con los intereses del sujeto pasivo, lo mismo que en los supuestos de consentimiento expreso, aunque en un principio y formalmente pudiere parecer lo contrario”<sup>21</sup>.

El consentimiento del paciente deberá ser expreso y por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles, se podrá intervenir médicamente a partir del consentimiento verbal o tácito del paciente sumariamente informado.

En el Derecho Penal Español, para Julio César Galán, “En principio no se requiere ningún requisito especial de índole formal para la validez del consentimiento, si

---

<sup>21</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en Revista Poder Judicial, número 15, 1985, pag.13.

bien se establece la forma escrita en la realización de cualquier intervención, salvo en supuestos de urgencia e incapacidad, sobre esa cuestión se considera que existe cierta arritmia o desconexión con la realidad práctica, ya que se está ante uno de los casos en que el derecho va delante de los hechos, desconociendo la práctica usual de la medicina por cuanto en la mayoría de las ocasiones el consentimiento se presta de manera oral, si bien es cierto cada vez existe una conciencia más extendida en la clase médica de solicitar consentimiento escrito, para salvaguardarse de las posibles reclamaciones que esta causa pudieren formularse, especialmente, tras las diversas resoluciones judiciales que ponen el acento en esta circunstancia, al cargar sobre el médico la prueba de haber obtenido el preceptivo consentimiento informado”<sup>22</sup>.

Insiste el autor precitado, Julio Cesar Galán, “Que no obstante, lo anterior, en la validez de la forma oral, salvo en supuestos muy concretos, como en los casos de donación y trasplante de órganos o en los casos de ensayo clínicos sin interés terapéutico particular para el sujeto de la experimentación, en los que se exige la forma escrita del consentimiento para su validez, ya que se trata de actos médicos en los que quien se somete a ellos, arriesga su salud sin recibir beneficio alguno a cambio por lo que, la libertad y la conciencia del consentimiento de quienes se someten a tales procederes, ha de quedar plenamente garantizada”<sup>23</sup>.

Nicaragua acoge en su totalidad el criterio doctrinal aquí expresado, para ello, basta tener en cuenta la Ley 423, Ley General de Salud, que regula el manejo del expediente clínico del paciente y que en general acepta, para efectos de otorgar el consentimiento los criterios que se expresan en este apartado.

### *3.7 El tiempo*

El consentimiento debe concurrir a la realización de la acción típica y ser conocido por su autor para desplegar toda su eficacia. Expresa Francisco Bueno, “Si el autor de un delito desconociera el consentimiento relevante de la víctima, habríamos de

---

<sup>22</sup> Galán Cortes, Julio Cesar, *El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*, Madrid, Editorial Colex, 1997, p 36.

<sup>23</sup> Galán Cortes, Julio Cesar, *El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*, Madrid, Editorial Colex, 1997 p 36.

hablar de la existencia al menos de una tentativa imposible. El consentimiento es siempre libremente revocable y no crea ningún derecho adquirido. Concretamente en los actos de disposición del propio cuerpo, pretender que el consentimiento inicial del sujeto pasivo haya creado una obligación sobre sí misma de cumplimiento coactivamente exigible, significaría conculcar la fundamental dignidad de la persona humana”<sup>24</sup>.

No cabe la convalidación o ratificación a posteriori por la víctima de un hecho antijurídico en el momento de su realización, pues la dispensa de los presupuestos de punibilidad no es disposición particular, al ser los preceptos penales de derecho público.

El artículo 157 del Código Penal de Nicaragua, aporta en este sentido el criterio o requisito de que el consentimiento debe ser *espontáneo*, y prácticamente podría entenderse que el legislador, se pronunció por el momento en qué se debe dar ese consentimiento, es decir, en el momento y con la mayor naturalidad que permita interpretar que no existen vicios que anulen esa expresión de voluntad, dada la taxatividad y gramaticalidad de la norma penal, no se puede derivar de su lectura, lo que la doctrina penal, ha pretendido que se tome en cuenta para su aplicación.

#### **4. Actos que anulan el consentimiento**

Es unánime la posición de la doctrina moderna del derecho penal, cuando determina que existen actos que anulan el consentimiento del paciente, entre los cuales tenemos, el error, la violencia, y el engaño.

En el derecho nicaragüense, la Ley Civil y el Código Penal deben ser analizados armónicamente para dar respuesta a estos aspectos que exponemos en este apartado, por ello debemos atenernos a lo que regulan los artículos 2455, 2467 y 2468 del Código Civil y el artículo 157 del Código Penal.

---

<sup>24</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en Revista Poder Judicial, número 15,1985, p.14.

Así por ejemplo, señala Julio Armaza, “Es inaplicable la eximente, si el consentimiento fue obtenido a través de amenaza o vías de hecho, no puede afirmarse con éxito, entonces que procede la impunidad por atipicidad, si un sujeto, cuchillo en mano, consiguió de su víctima el asentimiento para sostener relaciones sexuales, por ésta no queridas, pero toleradas en fin, para evitar ser lesionada. O bien, continúa expresando el tratadista, tampoco habrá propiamente consentimiento si se autorizó la ablación de un órgano con el objeto de ser trasplantado en la persona de un familiar cercano del donante, cuando en realidad se tuvo la intención, como ocurrió después de injertárselo a un sujeto diferente”<sup>25</sup>.

En los casos de consentimiento nulo o ineficaz y refiriéndonos únicamente al consentimiento expreso, al ser la problemática del presunto parcialmente diferente, esta ineficacia puede venir dada por la *falta de capacidad del sujeto pasivo, menor o incapaz o por adolecer el consentimiento de un vicio cualquiera en la formación o emisión del mismo*. En concreto, se alude a *la violencia* en la obtención del consentimiento o bien a su consecución mediante *engaño* u otra forma fraudulenta.

Que ocurre entonces cuando no estamos en presencia de un consentimiento válido? O dicho de otro modo, ¿Qué ocurre cuando el tratamiento que en principio puede implicar un atentado a la libertad del paciente, se realiza con consentimiento viciado porque se ha obtenido mediante engaño o error, o incluso con una total ausencia de consentimiento por parte del paciente, pero sin la oposición de éste?

Ante la cuestión del *consentimiento viciado*, señala Adela Asua y Norberto de la Mata, “Quienes se han posicionado al respecto afirman que éste es ineficaz, pareciendo afirmarse implícitamente, la permanencia del delito de coacciones, siendo muy escasas las afirmaciones que pongan en duda la posibilidad de aplicar esta figura.

Conforme a lo manifestado anteriormente, el consentimiento que adolezca de vicios en su formación, no impide que estemos en presencia de un atentado contra la libertad del sujeto; ahora bien, dicho atentado no se realizará con violencia ni siquiera con intimidación, en muchos casos, sino todo lo más mediante engaño por

---

<sup>25</sup> Así, Armaza Galdós, Julio, “La eximente por Consentimiento del Titular del Bien Jurídico”. en revista de Derecho Penal y Criminología, editorial 2 época, 1998, p 122.



parte del sujeto activo. Este engaño puede referirse no solo a la ausencia de información sobre el tratamiento a aplicar o a la información defectuosa en cuanto a los efectos del tratamiento, sino que incluso puede consistir en el hecho de hacer firmar al paciente un escrito, bien en blanco, bien con unas características tales, que impidan hablar del consentimiento válidamente emitido. En estos supuestos es indiferente que no coincidan la voluntad interna del paciente con la que ha manifestado, o que incluso éste tenga una voluntad interna, claramente opuesta al tratamiento, pues lo relevante es si el médico ha actuado o no con violencia”<sup>26</sup>.

No obstante lo anterior, para efectos de este trabajo, es inválido el consentimiento otorgado bajo violencia, intimidación, amenazas, error o bien por engaño, además que para la perfección de un consentimiento válidamente otorgado, deben llenarse los requisitos que hemos tratado en los apartados anteriores, ya que faltando uno de ellos, estaríamos ante la nulidad de ese consentimiento dado por el paciente.

##### *5. Contenido y límites del consentimiento informado del paciente*

El tema del consentimiento informado del paciente, como causal de exclusión del delito, que trataremos más adelante en este trabajo, constituye en este apartado, la esencia del contenido, ya que el exceso sobre lo consentido por el paciente es lo que va a generar, la punibilidad de la conducta del médico, es decir, que la información que le permite al paciente dar asentimiento sobre un tratamiento médico, es límite natural de la actividad médica en ese paciente.

El médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir razonablemente en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existen con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser conveniente, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado. El

---

<sup>26</sup> Así, Asua, Ana. y De la Mata, Norberto. “El delito de Coacciones y el tratamiento médico realizado sin Consentimiento o con Consentimiento viciado” en *Revista “La Ley”* Madrid, 1990, pp 870 y 871.



consentimiento del paciente se extenderá en cuanto a su validez y eficacia hasta donde haya sido informado.

El enfermo debe recibir del médico la información necesaria para estar en condiciones de adoptar la decisión que juzgue más oportuna, con un conocimiento exacto de la situación en que se encuentra, sin que baste la autorización formal para una determinada intervención si no va precedida de la cumplida y adecuada información.

Expresa Julio César Galán: “El paciente tiene que saber lo que consiente, ya que nada es querido si antes no es conocido, esto es el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento, lo que de modo alguno significa que el médico desarrolle una lección magistral, para lo que obviamente el enfermo no se encuentra a priori preparado”<sup>27</sup>.

No obstante lo anterior, se hace la reflexión que en algunos sistemas normativos, se ha establecido que el médico debe informar al paciente, sus familiares o allegados, lo cual se valora como un error ya que, entra en contraposición, con el criterio médico que solo el paciente es titular del derecho y por lo tanto, se produce una contradicción en cuanto a que el médico debe guardar la confidencialidad de la información solo para el paciente y únicamente en el caso de incapacidad de éste, habrá lugar a tal información a sus familiares o allegados, e incluso este término de “allegados” es impreciso y puede en determinados casos bajo este criterio, violarse el secreto profesional entre médico y paciente.

El momento preciso en que el paciente debe expresar su consentimiento, es cuando necesariamente se ha dado la información suficiente por parte del médico, es decir, que basta que haya sido debidamente informado, para que el consentimiento sea expresado con la validez suficiente para producir los efectos esperados, es obvio

---

<sup>27</sup> Galán Cortes, Julio Cesar, *El Consentimiento Informado del Usuario de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, España, 1997, P. 46.

entonces, que esta cantidad de información determinará hasta dónde se extiende el consentimiento y por tanto constituye un límite de la actividad médica.

Se habla en la práctica norteamericana de dos modelos perfectamente diferenciados, y expone Julio César Galán, “El *modelo puntual* y el *modelo progresivo*. El *modelo puntual* se asimila con la forma legalista y se identifica genéricamente con los requisitos legales que el desarrollo de la teoría del consentimiento informado tuvo en su inicio en los Estados Unidos poniendo énfasis en el volumen de la información suministrada al paciente, así como en la valoración que de la información facilitada haya hecho el interesado como consecuencia de la comprensión de la misma y especialmente atendiendo a la aceptación y firma del formulario escrito que los servicios sanitarios colocan delante del interesado para su rúbrica. Aquí se atiende muy especialmente a la parte formal de la firma, se plantea que este modelo es el que más prevalece en América Latina, y éste, nos conduce a una medicina defensiva”<sup>28</sup>.

El *modelo progresivo* estriba en que se va adecuando el consentimiento en la medida del desarrollo del tratamiento del paciente y descansa más, que en un formalismo, en la necesidad de asegurar la vida del paciente.

En relación a este tema que determina los límites al consentimiento informado del paciente, algunos autores, como Díaz Pintos, hace la pregunta, *si el consentimiento es una garantía de libertad del paciente o un expediente para eximir de responsabilidad?* . De ello se debe expresar que, el alcance del consentimiento está determinado por lo que expresa el paciente bien informado y por la necesidad de garante que el médico tiene al ejercer su actividad, no obstante esto, existe una gran cantidad de legislaciones que protegen excesivamente la formalidad en la expresión del consentimiento, pero su mayor preocupación es por eximir de responsabilidad *a priori* al médico.

---

<sup>28</sup> Galán Cortes, Julio Cesar, *El Consentimiento Informado del Usuario de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, España, 1997, P. 49.

A la pregunta formulada, responde el autor aquí citado Guillermo Díaz, y dice que: “La libertad del individuo, como un valor superior consignado en los ordenamientos jurídicos, ante la consideración de este valor, que constituye la conquista más apreciada de la modernidad, es necesario plantearse con rigor, cómo puede prevalecer en situaciones, ciertamente frecuentes en el ejercicio de la medicina, en las que por determinadas condiciones, resulta necesario, e incluso parece imponerse la obligación de invadir la libertad de acción de otro por ejemplo, cuando la pasividad del paciente, derivada de su estado de inconsciencia, exige una determinada intervención para evitar que pierda su vida.

En supuestos como éstos, la doctrina del liberalismo justifica tales intervenciones acudiendo a teorías sobre la voluntariedad o el consentimiento del sujeto pasivo, mediante las cuales el valor de la autonomía personal se puede proyectar sobre esas actuaciones ajenas y salvar de esta forma la presunción inicial en que se funda, afirma Joel Feinberg, las acciones directas de una persona que le afectan a ella misma, y las conductas de otros que le afectan con su consentimiento están unidas y en la misma categoría moral expresada, en la máxima *Violenti non Fit injuria*, desde un punto de vista moral, mi consentimiento a la acción de otro la convierte en mía, desde esta perspectiva se han elaborado distintas teorías sobre la existencia de consentimiento, para las situaciones en las que la imposibilidad de un ejercicio expreso de la propia libertad de acción demanda la intervención ajena”<sup>29</sup>.

Continuando con la temática de los límites en el caso concreto de la expresión del consentimiento informado del paciente, se plantea que es incontrovertible que éste, debe ir precedido de una información adecuada, esto es, suficiente en cantidad y calidad, pues no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento en quien lo otorga, no sabe en qué ni por qué consiente.

Al respecto Julio César Galán, señala que: “Un consentimiento de ese tipo, sin la necesaria información previa no pasaría de ser, como señala Ataz López, un molde vacío o un consentimiento ciego. El facultativo debe poner en conocimiento del paciente, la técnica o procedimiento curativo que es utilizado por la ciencia médica

---

<sup>29</sup> Díaz Pinto, Guillermo, *El Consentimiento una garantía de la Libertad del Paciente o un expediente para eximir la responsabilidad*. Bueno Aires, editorial Lanús, 1997, p 187.

dominante. Cuando el paciente se encuentra en una situación en la que existen varios métodos o técnicas de tratamiento, el médico debe informar sobre tales posibilidades o alternativas al enfermo. Si el médico se decidiera a poner en práctica un método nuevo o un tratamiento diferente al empleado habitualmente por la ciencia médica dominante, la información sobre sus posibilidades, ventajas e inconvenientes debe ser mucho más detallada e inequívoca”<sup>30</sup>.

En general, se ubican límites al consentimiento informado del paciente, como son:

- El paciente tiene derecho a no ser informado, si así lo expresa previamente.
- En caso de riesgo para la salud pública, se admite la ausencia del consentimiento informado para el internamiento, cuarentena u hospitalización del paciente.
- En caso de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente, el consentimiento puede obviarse (consentimiento presunto).
- El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento<sup>31</sup>.

En conclusión, además de los requisitos que debe llenarse para obtener un consentimiento válido desde el punto de vista jurídico o mejor aun desde el punto de vista del Derecho Penal, también existen otros límites, que aunque no tienen un carácter eminentemente formalista, constituyen de hecho, verdaderos límites a la actividad médico quirúrgica, como es la información suficiente para el paciente, que será el límite natural hasta donde deberá llegar la actividad del médico. Es evidente que los desbordes a esos límites del consentimiento informado del paciente,

---

<sup>30</sup> Galán Cortes, Julio Cesar, *El Consentimiento Informado del Usuario de los Servicios Sanitarios*, Editorial Colex, España, 1997, p 49.

<sup>31</sup> Ver informe de Consentimiento informado. Recuperado el 15 de Noviembre, 2009. [http://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento Informado](http://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento_Informado).

producen efectos jurídicos, fundamentalmente en la afectación de bienes jurídicamente protegidos que se ven afectados por el exceso en la actuación del médico.

## **6.-El consentimiento presunto del paciente**

En muchos casos se habla del consentimiento escrito, el consentimiento verbal del paciente, el otorgado por sus familiares o allegados incluso, que garantiza supuestamente, la expresión de la voluntad del hombre o mujer que va a ser sometido a determinado tratamiento médico o a un procedimiento curativo que le puede o no deparar perjuicios en su cuerpo, pero que requiere la pronta acción de un médico para proteger la vida o la salud de un ser humano.

Con base a lo anterior, surgen algunas preguntas como por ejemplo: *¿Qué sucede si no están los familiares o allegados del paciente, (pueden ser amigos, amigas, vecinos etc.) y que éste se encuentre imposibilitado de otorgar su consentimiento? ¿Cuál es la actitud que debe tomar el médico con un paciente que requiere una intervención quirúrgica o un tratamiento urgente y que no puede expresar su consentimiento por estar ausente conscientemente?.*

Bien, en estos casos es donde surge, lo que se conoce en Derecho Penal como, el *Consentimiento presunto del paciente*, el cual es expuesto y analizado por su importancia y uso por varios tratadistas del Derecho Penal moderno, la mayoría de ellos, inician por algunos ejemplos de casuísticas que se pudiesen presentar en la práctica médica y en la vida real.

En ese sentido Julio Armaza, se pregunta: “En qué situación estaría, una persona que causa lesiones al que está a punto de ahogarse para poder salvarle de una muerte cierta; el médico opera al que ha sido víctima de un accidente y se halla privado de la consciencia, o amplía a otro terreno la operación comenzada sin que el paciente se aperciba por hallarse bajos los efectos del cloroformo; o silencia a una persona que padece del corazón los peligros de una intervención quirúrgica a que va a ser sometida dentro de unas horas. En virtud del consentimiento presunto no actuará antijurídicamente, quien interviene en los derechos de otro, cuando éste se

halla inconsciente o ausente y no puede por sí ejercerlos, pero se tiene seguro que prestaría su asentimiento de haber tenido ocasión de hacerlo”<sup>32</sup>.

Es exigible, en el consentimiento presunto, que se den los requisitos del consentimiento expreso, no comprende esta exigencia a pesar de todo, la concurrencia de la capacidad en el sujeto pasivo e incluso se presume por ejemplo en algunas legislaciones, la conformidad del recién nacido, en algunos casos para ser circuncidado.

Operará el *consentimiento presunto*, según Bacigalupo, “Si el progenitor rehúsa a autorizar por razones religiosas o por temor a una infección, que se practique una transfusión de sangre en su menor hijo, la necesidad urgente hace que, contra el consentimiento explícito del padre se recurra al consentimiento presunto del hijo incapacitado para prestarlo. Es mas, habrá consentimiento presunto si el interesado en otorgarlo, manifiestamente expresa su negativa en darlo por haber mal entendido la situación en que se encuentra, siempre y cuando se demuestre después que, de haber comprendido cabalmente dicha coyuntura, lo habría prestado”<sup>33</sup>.

Resulta evidente que existen algunos planteamientos en la doctrina, donde el paciente suficientemente capaz, rechaza el tratamiento médico por razones religiosas, en este caso, no opera el consentimiento presunto, sino que se trata de salvaguardar el derecho a la vida, como un bien jurídico indisponible y por consiguiente, es irrelevante el consentimiento del paciente o interesado para que por ejemplo se le interrumpa la transfusión de sangre en un caso de urgencia vital, a esto se le agrega la posición de garante que tiene el médico frente a los ciudadanos que lo necesitan para la conservación de su salud.

No obstante lo anterior, en varias legislaciones internacionales, existe bastante discusión en el caso de un adulto que por aspectos religiosos se opone a la transfusión de sangre siempre que esté consciente y que no se puede alegar por ello,

---

<sup>32</sup> Armaza Galdós, Julio “La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico” en *Revista de Derecho Penal y Criminología, editorial 2 época*, 1998, p.126.

<sup>33</sup> Bacigalupo, Enrique, “El Consentimiento en los Delitos contra la vida y la integridad Física”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima.1993, p. 33.

un estado de necesidad justificante, pero surge la tesis de aquel que se opone, pero que posteriormente pierde la conciencia.

Por ello, refiere Carlos María Romeo, “Me parece dudosa cual sea la conducta adecuada cuando el paciente ha perdido la conciencia. En ese sentido algunos pronunciamientos judiciales que se mueven en la posición de respeto a la decisión del paciente que rechaza la transfusión indican que en casos de perder la conciencia se efectué el tratamiento que sea necesario, pues como antes se ha tratado de razonar la oposición del mismo vale en cuanto responda a decisión consciente, en mi opinión la congruencia con los planteamientos de partida debe conducir al respeto de la voluntad con todas sus consecuencias, incluso a partir del momento en que se pierda la conciencia, siempre que se haya tomado la precaución de mantener informado al paciente de forma continuada sobre su estado y evolución inmediata (incluida la pérdida de la conciencia y la muerte)”<sup>34</sup>.

A diferencia de otros casos, el paciente que actúa movido por motivos de conciencia, aunque aquí lo que interesa es respetar la decisión libremente adoptada, como vengo apuntando, ha tomado una resolución de voluntad que responde a una trayectoria, a su propia concepción de la vida, de acuerdo con la cual, hay valores que trascienden y no es imaginable presumir que la hubieran cambiado de volver a la conciencia.

Por otro lado, no se habría avanzado demasiado, pues es frecuente la pérdida de la conciencia antes de que se produzca el fallecimiento, por lo que es de estimarse en estos casos por el médico como tratamiento necesario, junto con otros acumulativos, una transfusión de sangre, no se habría logrado satisfacer el objetivo último.

---

<sup>34</sup> Por ejemplo el de la huelga de hambre penitenciaria reivindicativa, en la que los motivos para la misma, aunque puedan ser firmes, responden a circunstancias excepcionales. Ver otras reflexiones al respecto, Romeo Casabona, J.C. El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2 época, 1998, p.347.

Por consiguiente, expresa Julio Cesar, “En caso de pérdida de conciencia deberían aplicarse todas las medidas disponibles, salvo la transfusión. En cualquier caso, hay que convenir en que los profesionales de la sanidad no tienen porque asumir en estos momentos decisiones tan complejas con importantes consecuencias jurídicas sobre las que no hay un acuerdo definitivo”<sup>35</sup>.

Algunos autores se hacen varias preguntas en relación al consentimiento presunto del paciente y en especial, cuando se ha establecido como un límite del consentimiento informado del paciente, la información que se le proporciona a éste para que otorgue, sin embargo se dice que si *¿puede el paciente renunciar a recibir la información adecuada y suficiente para dar su consentimiento?*. Y al efecto, se plantea que sí, el paciente podrá renunciar a recibir la información, pero esta renuncia está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad, haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Casabona Romeo, C. M. Límites de la posición de garantes de los padres respecto al hijo menor” en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2 época, 1998, p.347.

<sup>36</sup> Ver Inca Torres, J.L. *El Acto Médico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main>.



Los aspectos tratados en estos dos incisos son verdaderos ejemplos de la forma en que se expresa y se aplica el consentimiento presunto, por las circunstancias que se le presentan al médico en los casos concretos.

## 7. Bienes jurídicos, actividad médica y otras consecuencias en la disposición del propio cuerpo

Para el análisis de este tema se hace necesario, introducirse un poco en la teoría del delito, para el tratamiento de las causas que excluyen la responsabilidad penal, dado que la protección de bienes jurídicos es lo que tratan las legislaciones de cada país y que el Derecho Penal objetivo, persigue esa protección a través de distintas normas jurídicas que llevan como contenido, situaciones de hecho que el particular o la colectividad está advertido de no violentar, lo que se conoce como la prevención general. Para tratar los aspectos relacionados con la disposición del propio cuerpo, sus límites y su ámbito de validez, es necesario penetrar en la esfera de la teoría del delito y la tutela de éstos, por normas jurídicas penales que sirven de protección de bienes jurídicos que la colectividad ha decidido proteger ante posibles agresiones.

### *7,1 El delito*

El finalismo como la teoría que conceptúa correctamente el delito nos dice que, el centro de este concepto es la acción o bien la conducta humana, por ello, explica el maestro Diego Manuel Luzón, en la acción se produce el primer cambio decisivo, frente a los conceptos causalistas anteriores, que consideraban como fundamental la causación de resultados o cambios en el exterior, sin dar importancia a la voluntad y sin atender el contenido de la voluntad.

“Según el finalismo, la naturaleza de las cosas impone la preeminencia en la acción del aspecto subjetivo, su fin o finalidad, pues lo que diferencia a las acciones humanas de los fenómenos naturales ciegos, es precisamente la finalidad; esto es, gracias a su inteligencia y saber causal como ser racional, el hombre maneja e

interviene en los procesos causales como medio para lograr determinados fines u objetivos que ha anticipado”<sup>37</sup>.

De lo anterior, se deduce que el primer elemento que constituye el concepto del delito es la acción y el maestro Francisco Muñoz, lo define de la siguiente forma:

“Después de todo lo dicho podemos definir el *delito como, la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de antijuridicidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible”<sup>38</sup>.

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 641, “son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas por este código o en leyes especiales”. Es claro que para nuestra ley penal nicaragüense, todas las conductas contenidas en ellas, son dolosas, excepto que la misma ley exprese que existe la responsabilidad por imprudencia.

Este planteamiento es de relevante importancia para este trabajo del consentimiento porque nos permite comprender las posibles calificaciones o tipicidades, que se le darán a las conductas de los particulares en la actividad médica, según cada ordenamiento jurídico y sirve en concreto para la prevención general.

La utilidad de la teoría del delito no se reduce a un interés meramente especulativo, por el contrario, se reviste de un contenido eminentemente práctico, orientado a la determinación de la presencia o ausencia del delito frente a un caso concreto.

## 7.2.- El bien jurídico tutelado

---

<sup>37</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal parte General*, Editorial Hispamer, Managua Nicaragua, 1997, p 236.

<sup>38</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*. Editorial Temis, Colombia, 1990, p 20.

En los límites de la potestad punitiva del Estado, se habla del *bien jurídico*, constituye uno de esos principios limitantes y que se expresa como de exclusiva protección de bienes jurídicos, también llamado de lesividad, según afirma Diego Manuel Luzón, “El Derecho Penal sólo debe intervenir si existe una amenaza, una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad o su desviación o marginalidad, conductas que no afecten bienes jurídicos”<sup>39</sup>.

Se trata entonces, que el Derecho Penal no defiende o castiga cualquier tipo de acto, hecho o conducta, sino aquellas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos importantes, aunque en la doctrina penalista se plantea, que no existe una estructura de jerarquía de los bienes jurídicos, en la parte práctica del Derecho Penal positivo, se ve claramente, que existen unos bienes jurídicos más importantes que otros, a los mismos se les protege de mejor manera con penas y medidas de seguridad que advierte la relevancia que ocupan en el ordenamiento jurídico del país.

El sistema jurídico en general procura, a través de la enunciación de un conjunto de normas, el resguardo de ciertos valores o bienes que la comunidad humana estima importantes para la convivencia justa y pacífica. Esas normas enuncian prohibiciones o mandatos que se dirigen a regular las conductas de todos los individuos miembros del grupo. El mecanismo específico mediante el cual, el ordenamiento jurídico se asegura la vigencia y eficacia de los bienes y valores implícitos en las normas de derecho, son las sanciones o consecuencias que acarrearán para quien incumpla con las prohibiciones o mandatos prohibitivos.

Se puede afirmar que el bien jurídico tutelado por la norma penal, es aquella entidad, un valor abstracto que el Derecho Penal mediante la amenaza de una pena la intenta proteger de las posibles agresiones.

El Derecho Penal, concebido como la *ultima ratio*, del ordenamiento jurídico, es el encargado, por medio de sus enunciados normativos y de la previsión de las sanciones o reacciones sociales más severas, de resguardar los bienes y valores más

---

<sup>39</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal parte General*, Editorial Hispamer, Managua Nicaragua, 1997, p 82.

preciados dentro de una determinada comunidad. Así, en nuestro medio cultural, los bienes jurídicos que reciben la más alta protección por parte del derecho punitivo son entre otros: la vida (que se protege a través de la tipificación de los delitos de homicidio, aborto, eutanasia), la integridad física, tutelada en los tipos penales de lesiones en todas sus formas, incluso las psíquicas etc.

En lo que hace al consentimiento informado del paciente, como parte de la actividad médico-quirúrgica, los bienes jurídicos que se mantienen en constantes riesgos o peligros son los derechos a la vida y a la integridad física principalmente.

### *7.3 El acto médico*

*El acto médico*, en relación con la protección de bienes jurídicamente tutelados, se define como, aquellos que “se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano, tiene derechos; el médico tendrá que preservar esos derechos y se comprometería a defenderlos y tratar de recuperarlos. Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley. Es pues el acto médico, (cualquiera que sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad<sup>40</sup>.

Todo acto médico desde esta perspectiva es, un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir, que de todo acto médico, se derivan consecuencias en el ámbito del derecho.

*Los actos jurídicos*, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos; mientras aquellos buscan un resultado concreto en el derecho, (por ejemplo un contrato de prestación de servicios profesionales, busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos) estos no encuentran sus implicaciones jurídicas

---

<sup>40</sup> Ver Inca Torres, J.L. *El Acto Médico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?-demedicina23155sal=actomedico2.htm>

en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo en un accidente de tránsito, la lesión-hecho producido por el hombre, no ha sido querido, sino por el contrario, ha procurado ser evitada). La responsabilidad jurídica se desprende, aquí del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define la ley penal.<sup>41</sup>

En general, las actuaciones del médico van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose ( en la mayoría de los casos) de una obligación “de medio” y no de “resultado”, el acto jurídico se cumple a cabalidad, siempre que el médico haga lo correcto ( sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Del *acto médico*, por lo visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en derecho: las que resultan del acto jurídico (responsabilidad por el acto) y las que resultan del hecho jurídico (perjuicios indemnizables por el hecho antijurídico, capaz de generar implicaciones en el derecho, el delito por ejemplo) ambos tipos de consecuencias están contempladas en la ley ( en el Código Civil o en Código Penal ) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente ( por sí o por sus allegados).

El *acto médico*, es un hecho del hombre, específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como objeto la vida o la salud de otro hombre (paciente) de manera que el resultado del actuar del

---

<sup>41</sup> Ver Inca Torres, J.L. *El Acto Médico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main.demedicina23155sal=actomedico2.htm>

médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un sujeto de derechos; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos<sup>42</sup>

Cabe la consideración de si al ser mediante fuerza (física o moral), pudiese implicarse para el médico (aparte de la discusión sobre su responsabilidad penal por el delito cometido, pensemos en el aborto practicado bajo amenazas para el médico o su familia) también su responsabilidad profesional, porque aunque es claro que estaría viciado de nulidad como contrato, no eximiría al profesional de su correcto desempeño. El hecho médico ilegal acarrea también derechos y responsabilidades para las personas intervinientes, pues aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, su ocurrencia genera para el médico especialmente, el estricto desempeño de su profesión con base en su juramento.

Los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar, merecen atención especial.

El médico es la persona más próxima al ser humano a todo lo largo de su existencia, pues, lo que existe es una combinación de vocación de ayuda, conocimiento científico, deber de funcionario social y ejercicio del propio oficio. Pero por encima de todo, el ejercicio de la voluntad al servicio del ser humano como un todo, basada en conocimientos científicos. Es una combinación de filantropía (amor al ser humano) y filotecnia (amor al arte de curar). La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronóstico de la enfermedad sin las suficientes bases científicas<sup>43</sup>.

El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor, comprensión, atención integral, esperanza, detrás de todo enfermo, hay un ser humano angustiado y necesitado que ha confiado al médico su don más preciado, la vida. “La respuesta a la solicitud del paciente, requiere ciertas cualidades especiales:

---

<sup>42</sup> Ver Inca Torres, J.L. *El Acto Médico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main.demedicina23155sal=actomedico2.htm>

<sup>43</sup> Ver Inca Torres, J.L. *El Acto Médico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main.demedicina23155sal=actomedico2.htm>

disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza, honradez profesional, conocimiento del hombre y de la sociedad, una recia estructura moral y ética”<sup>44</sup>.

El juramento hipocrático estipula “...aquello que yo viere u oyere en la sociedad durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, callarlo, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos”. El secreto profesional médico, cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

#### *7.4.-El médico y el Derecho Penal*

Este apartado trata de la perspectiva que el Derecho Penal asume en la actividad médica, los actos cotidianos del médico que pueden originar responsabilidad penal, la cuestión de la responsabilidad del médico ante el Derecho Penal puede analizarse desde algunos puntos de vista, como por ejemplo, la no punibilidad de la actividad de la acción médica en sí misma, las intervenciones médico-quirúrgicas, incluyendo solo aquellas en que se produce una agravación del mal contra el que se dirige o bien el tratamiento médico que no produce ningún resultado o que no tiene éxito.

Se está en presencia en este tema de los fundamentos de la punibilidad del tratamiento médico, dado que las consecuencias prácticas son de gran significación.

Aduce Enrique Bacigalupo que “El solo planteo de la cuestión, podría inducir a creer que en la ciencia penal se discute actualmente si la medicina quirúrgica, debería prohibirse y someterse a una pena o no. Pero tal representación es evidentemente falsa: nadie duda de la legitimidad y la legalidad de la actividad

---

<sup>44</sup> Ver Inca Torres, J.L. *El Acto Médico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main.demedicina23155sal=actomedico2.htm>

médica en nuestra sociedad; en cambio, no hay acuerdo en lo que respecta al fundamento de la legitimidad y la legalidad. Por otra parte, el problema del fundamento justificante dista mucho de ser exclusivamente teórico; el criterio legitimante determina los límites a partir de los cuales, la actividad médica comienza a ser relevante para los tribunales penales, en otras palabras: para establecer las condiciones bajo las cuales, el tratamiento médico-quirúrgico puede dar lugar a responsabilidad penal del médico, que lo ha practicado, es necesario saber porque tal actividad es jurídicamente legítima”<sup>45</sup>.

La cuestión es particularmente delicada y en ese sentido ha ofrecido siempre dificultades por el hecho de que la naturaleza de la actividad médica y su significación total excluyen ya inicialmente una correlación directa entre la lesión del bien jurídicamente protegido (vida, salud, integridad corporal) y la consecuencia penal.

Como dice Enrique Bacigalupo, “No todo tratamiento que en lugar de una mejoría produzca un empeoramiento del estado del paciente podrá considerarse, solo por esta circunstancia como ilícito. Con mayor precisión puede decirse, entonces, que el tema consiste, en realidad, en la determinación de las condiciones bajo las cuales una lesión, un resultado, de muerte etc. proveniente de un tratamiento médico pueden considerarse subsumible en el supuesto de hecho del delito de lesiones o del homicidio”.<sup>46</sup>

El problema de la subsunción de estos casos de intervenciones médicas, no exitosas, bajo un supuesto de hecho típico se circunscribe a la determinación de la infracción del cuidado objetivo exigido al médico en el ejercicio de su actividad profesional.

---

<sup>45</sup> Bacigalupo, Enrique, “Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho Penal, *Revista de Derecho Público*, Madrid, España, 1981, p 662.

<sup>46</sup> Bacigalupo, Enrique, “acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho Penal, *Revista de Derecho Público*, Madrid, España, 1981, p 662.



Continúa expresando Enrique Bacigalupo, “Para la teoría del ilícito personal, la ilicitud no se agota en la causación del resultado, lo que significa que el centro de la gravedad de lo ilícito, se desplaza desde el desvalor del resultado al desvalor de la acción. El desvalor de la acción en el delito culposos consiste, precisamente en la infracción del deber objetivo de cuidado y forma parte en consecuencia, del supuesto de hecho del delito culposos o tipo culposos. La norma impone el deber de obrar con cuidado para evitar lesiones a bienes jurídicos ajenos, impone también al médico un deber de evitar, pues procura motivar a todos por igual. Desde este punto de vista, el tratamiento médico no presenta ninguna particularidad especial que obligue a fundamentar su exclusión o inclusión en el ámbito de la responsabilidad penal: en principio el comportamiento del médico será socialmente adecuado y carece de relevancia penal específica; pero si este tratamiento conduce a resultados que empeoran la situación general del paciente, la acción del médico será típica, siempre y cuando el empeoramiento de la salud sea consecuencia de una violación del deber objetivo de cuidado”<sup>47</sup>.

#### *7.5.-El médico y el deber de socorro*

En muchas legislaciones con ordenamientos jurídicos muy bien desarrollados desde el punto de vista del derecho moderno en sus distintas ramas, como el caso de la española, no se contempló siempre como delito la omisión del deber de socorro, ya que fue tratado en general como exposición de personas al peligro y más aun en nuestro ordenamiento penal, hasta el año 2007, solamente fue tratado a nivel administrativo, es con la reforma penal que se incluye como omisión de auxilio en el artículo 160 del Código Penal.

El deber de socorro, es tratado por las legislaciones como una obligación genérica para todos los ciudadanos que se encuentren en situación de prestar ayuda a otro, que se encuentra en peligro con respecto a su persona o sus bienes. Y es que en caso del ejercicio de la profesión de médico, pareciera que es, el más obligado a prestar

---

<sup>47</sup> Bacigalupo, Enrique. “acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho Penal, *Revista de Derecho Público*, Madrid, España, 1981, p 669

socorro a quien se lo pide, pero esta obligación, apenas se establece como una cuestión de ética pero no con repercusiones jurídicas, de ahí que se trate de introducir en la discusión teórica de la doctrina moderna del Derecho Penal, el deber de socorro en la conducta del médico.

A ese respecto se pronuncia Agustín Fernández, quien señala que:

“Se puede observar que, ni en los precedentes históricos, ni en la legislación penal vigente sobre omisión del deber de socorro, se hace mención expresa al médico, a diferencia de otros artículos del Código Penal que si castigan, en forma concreta su actuación. A título de ejemplo y con variedad de supuestos, en los que se alude su delictiva actuación se pueden citar algunos artículos, con respecto al aborto, sobre drogas tóxicas, sobre certificación falsa; por cooperación en suposición de parto o usurpación de estado; y en casos de indicios de delito por no dar parte. Si recordamos que el nuevo delito se refiere a la omisión de socorro a personas que se hallen en peligro, que éste pueda afectar su vida o su integridad personal, y el médico es quien suele ser requerido en esas situaciones. Surgen las cuestiones que motivan nuestro comentarios ¿Está obligado el médico en mayor medida que cualquier otra persona a la prestación de auxilio? ¿En caso de negarse, incurre en la penalidad prevista para el delito omisión del deber de socorro”<sup>48</sup>.

Por lo que a la primera pregunta expresa el autor Agustín Fernández, “Hemos de inclinarnos por la contestación negativa. Desde el punto de vista ético, de deontología médica, se podrá pensar de distinta manera, pero desde el enfoque técnico jurídico no está obligado en mayor medida, aunque desde una perspectiva superficial se pudiera creer otra cosa.

Esta interpretación se apoya en el argumento principal del bien jurídico que aquí se protege que es la solidaridad humana que conlleva la vida en sociedad. Es un delito de omisión pura, no existe compromiso anterior entre el médico y la persona que ve en peligro su salud, y si a esta persona debe auxiliar es por formar parte de la comunidad humana, como individuo en sí mismo considerado. A diferencia de

---

<sup>48</sup> Fernández Albor, Agustín, “Asistencia médica y omisión del deber de socorro” en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Madrid, España, 1984, p 157.

aquellos casos en que en los que existe una relación profesional médico-enfermo que, en caso de ser desatendida, da vida a un posible delito de comisión por omisión, la cualidad del médico es una circunstancia de carácter personal que puede afectar a la forma de prestación de auxilio, pero la ausencia de atención aquí castigada se apoya en el simple hecho de ser ambas personas humanas, miembros de una colectividad que en su desarrollo exige determinados comportamientos sociales”<sup>49</sup>.

El deber de prestación médica no existe como un acto puramente jurídico penal o que tenga relevancia a efectos de punibilidad especial para el galeno, sino que su existencia, es en principio para todos los miembros de la sociedad y sólo constituye a nivel de los países verdaderas obligaciones éticas que no generan una obligación legal con carácter vinculante. En el caso del médico que está prestando su servicio en un centro de salud u hospital y se niega a prestar atención a una persona que requiere su auxilio, si tendrá responsabilidad, pero el delito, nada tiene que ver con la omisión del deber de socorro.

A los efectos de tema, el artículo 160 del Código Penal de Nicaragua, prevé esta situación desde el punto de vista de la omisión de auxilio y señala que: “*quién omita prestar auxilio necesario a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando tuviere posibilidad de hacerlo sin riesgo personal o de terceros*”, y se aplica a la actividad médica, lo que se establece en la parte final del artículo antes citado (160 del Código Penal de Nicaragua), que textualmente dice “*El que niegue atención sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial de tres a cinco años*”.

---

<sup>49</sup> Fernández Albor, Agustín, “Asistencia médica y omisión del deber de socorro” en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Madrid España, 1984, p 157.

Y es que el deber de socorro, establecido en la doctrina, no se concreta en nuestra legislación penal sustantiva, como una obligación legal para el médico con consecuencias jurídicas penales para el que las violente y que su actuar ponga en peligro o afecte bienes jurídicos tutelados.

Estas conductas relacionadas con la omisión de auxilio en nuestro Código Penal, se relacionan para la protección del bien jurídico seguridad personal, es visible solo en la Ley 423, Ley general de salud que se trata de obligaciones para los médicos a nivel de deberes administrativos y éticos, así lo reproduce el documento oficial del Ministerio de Salud de Nicaragua, que se le conoce como normas de manejo del expediente clínico y que establece toda la actuación de la atención de este Ministerio para los ciudadanos que buscan atención médica.

#### *7.6. El consentimiento en bienes jurídicos relacionados a la disposición del propio cuerpo*

Este tema es de mucha importancia en esta época, toda vez que se ha producido un gran dinamismo en la actividad médico quirúrgico, principalmente en cirugías de estéticas, actividades deportivas que generan lesiones corporales, implantes, abortos, e incluso el derecho que se invoca en algunas legislaciones para disponer de su propia vida, lo cual ha generado en países concretamente de Europa grandes polémicas, en casos en que los pacientes sufren al estar en fases terminales de sus enfermedades y prefieren invocar su derecho a no sufrir y pedir que se les permita no seguir viviendo, por medios artificiales y así evitar más esos sufrimientos.

Este aspecto del tema sobre la disposición del propio cuerpo, ha cobrado tanta importancia en los diferentes países del mundo que existe uniformidad en las legislaciones penales en su tratamiento, así por ejemplo Nicaragua, no se ha quedado atrás de estas regulaciones y en la reforma penal del año dos mil siete, en la Ley 641, Código Penal de Nicaragua, que entró en vigencia en el año 2008, se establecen una serie de normas penales que tutelan bienes jurídicos como la vida, integridad física y la libertad personal.

En la doctrina moderna del Derecho Penal, Francisco Bueno, profundiza en el análisis de este aspecto del consentimiento en estas actividades y cuya posición teórica, es tomada en este trabajo para que se tenga claridad del manejo doctrinario de estos aspectos. Por ello, haremos una relación puntual de lo que este autor expone en sus estudios y los que versan en partes ordenadas metodológicamente para su análisis.

#### *7.6.1. Vida independiente*

“En materia de actos contra la vida el consentimiento de la víctima es irrelevante, porque la vida humana no constituye un simple derecho subjetivo, sino el soporte de todos ellos, y por lo mismo su protección representa un principio irrenunciable de la cultura de los países occidentales. Nuestra Constitución, coherentemente, declara abolida la pena de muerte y valora el derecho a la vida que atribuye a todos como un derecho fundamental y no como libertad del hombre, y es sabido que los derechos fundamentales tienen la condición de absolutos, inviolables, inalienables e imprescriptibles”<sup>50</sup>.

El derecho fundamental a la vida no excluye el derecho a una muerte digna y personal, lo que supone, no una voluntad suicida, sino el deseo de dejar que la naturaleza siga su curso y renunciar a procedimientos artificiales y extraordinarios (encarnizamiento terapéutico, distanasia) para la conservación de aquellas, que en realidad, pueden llegar a constituir tratos inhumanos o degradantes prohibido por la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, por esos no es legítima la eutanasia activa, pero si la ortotanasia.

El consentimiento, en los casos de imposibilidad del propio interesado (vida vegetativa) habrá de ser manifestada por los familiares del mismo, en los términos a que me referiré a propósito del tratamiento médico-quirúrgico. Creo que el médico podría prescindir del consentimiento, cuando los medios extraordinarios fueran

---

<sup>50</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.14.

escasos y pudieran ofrecer un mejor resultado en otras personas”<sup>51</sup>. En general, nos encontramos abundantes escritos, ponencias, obras sobre este tema, fundamentalmente relacionados a la eutanasia y todos coinciden en la defensa del bien jurídico de más alto valor en todas las legislaciones, como es la vida humana. Antes habíamos hablado sobre la inexistencia de una escala o grados de jerarquía de los bienes jurídicos en los ordenamientos jurídicos, pero es obvio y así debe ser que, la vida es el máspreciado bien jurídico que tiene la humanidad.

En Nicaragua, la inducción o auxilio al suicidio es una conducta constitutiva de delito y por lo tanto objeto de sanción, aspecto que se expresó en el Código Penal de 1974 y que en el nuevo Código Penal (artículo 142 de la Ley 641), se señala que quien induzca a otro al suicidio, será sancionado con penas de dos a seis años, de igual forma se castiga al que coopere con actos necesarios y directos al suicidio de otro. También se sanciona al que ocasione la muerte a otro a petición expresa de suya a causa de una enfermedad incurable o un padecimiento insoportable.

Así mismo, el artículo 143 del Código Penal nicaragüense, señala que el aborto con consentimiento de la madre es penalizado para ésta, y de igual manera para quien se lo practique, en fin en nuestra legislación se asemeja en este sentido a otras muchas regulaciones penales en los cuales, el consentimiento del sujeto pasivo, o el que posiblemente lo sea, incide solamente para atenuar las penas, lo que al igual que en el derecho comparado, este consentimiento, no tiene ninguna relevancia a efectos de eximente, cuando se trata de disponibilidad de la vida de un ser humano.

No obstante lo anterior, la incidencia del consentimiento en aquellos delitos donde, su ausencia genera la gravedad del hecho y en consecuencia la mayor penalización y así lo regula el artículo 144 del Código Penal de Nicaragua, donde se castiga el aborto sin consentimiento de la mujer y le ubican mayor penalidad.

---

<sup>51</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.14.

### 7.6.2. *Vida no independiente*

Expresa el autor Francisco Bueno que: “La destrucción de la vida del embrión o feto (aborto) se ha tratado de justificar, entre otros argumentos bien conocidos por el derecho de la mujer a la libre disposición de su propio cuerpo. Pero sin necesidad de reiterar aquí toda la argumentación clásica en pro y en contra del aborto. Procede recordar que la vida del feto, también es un bien jurídicamente protegible”<sup>52</sup>.

En materia de aborto, el consentimiento de la madre es relevante, en el sentido de que el aborto practicado sin su consentimiento o bien cuando éste es obtenido por violencia, intimidación, amenazas o engaño, se castiga con penas severas y es diferente al aborto consentido que es penado en la mayoría de las legislaciones que lo asumen, con penas menos severas, y la razón es que en el primer supuesto, el bien jurídico lesionado es doble, la vida del feto y la libertad de la mujer y en lo que hace al segundo caso, no sucede lo anterior<sup>53</sup>. Existen legislaciones donde hay despenalización del aborto y en ella, juega un papel esencial el consentimiento de la mujer para la legalidad del hecho, precisamente porque tales supuestos, es la libertad de aquella el único bien jurídico tenido en cuenta.

### 7.6.3. *Salud e integridad física*

La consideración jurídico-penal del consentimiento en materia de delitos contra la salud y la integridad corporal (lesión y mutilaciones), no se presenta con caracteres tan diáfanos, como en los delitos contra la vida.

Dice Francisco Bueno, “En principio la relevancia de estos bienes jurídicos no parece ser la misma, desde el momento en que la Constitución incluye el derecho a la integridad física y moral entre los derechos fundamentales, en tanto que el derecho a la protección de la salud está situado entre principios rectores de la

---

<sup>52</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.14.

<sup>53</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.14.



política social y económica, lo que indica que tiene una protección mucho menos intensa que aquellos, además los actos que atentan contra la integridad, pueden estar castigados con la misma pena que el homicidio, ejemplos: la castración, esterilización, mutilación de órgano o miembro principal, lo que no sucede con lo que producen simplemente enfermedad o incapacidad para el trabajo”<sup>54</sup>.

El tradicional silencio de la ley sobre este punto fue suplido por la doctrina y la jurisprudencia. En general señala Francisco Bueno, “Considerando que la salud y la integridad corporal son también, bienes jurídicos indisponibles, lo que planteaba una situación sin salida en el caso de trasplante de órganos por parte de vivos, que sin embargo, no resultaban reprochables para la sociedad, sino más bien, heroicos y ejemplares cuando aquellos se cedían gratuitamente. Como tampoco han sido condenados por la sociedad el acto de ponerse en peligro para salvar a otro, las donaciones de sangre, las penitencias religiosas, las huelgas de hambre por una causa justa etc.”<sup>55</sup>.

En la actualidad se permite este tipo de actividad médica en la cual, juega un papel de gran trascendencia el consentimiento informado del paciente, es evidente que las legislaciones nacionales, van modificando sus ordenamientos jurídicos y dan pase a la validez del consentimiento del posible sujeto pasivo, en las cirugías estéticas, de trasplantes de órganos o incluso de cambios de órganos sexuales entre otros.

Al respecto, el ordenamiento jurídico penal nicaragüense, contempla como conducta no punible y aunque no es taxativamente una eximente de responsabilidad penal, en lo concreto si lo es, siempre que se produzca un otorgamiento del consentimiento en aquellos casos cuya finalidad sea la de beneficiar la salud del sujeto pasivo o bien el mejoramiento de la apariencia física, siempre que el consentimiento haya sido dado con libertad, consciente, voluntario, espontáneo y expreso, es decir, que reúna los requisitos formales establecidos en la doctrina y que se han venido exponiendo en todo este trabajo.

---

<sup>54</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.14.

<sup>55</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.15.



Se castiga en el derecho penal nacional, las lesiones sufridas en la actividad médica, cuando el consentimiento haya sido obtenido de forma viciada, lo que es lo mismo mediante engaño u otro tipo de acto que prive de la voluntad de consentir, o bien cuando se otorgue por una persona incapaz o menor de edad o que hubiere imprudencia en el actuar profesional, todo ello es regulado en el Código Penal de Nicaragua, Ley 641.

#### *7.6.4. El tratamiento médico quirúrgico.*

Las actividades realizadas con un fin curativo a las que se les pueden añadir la cirugía plástica o reparadora, tiene relevancia para el derecho penal en la medida en que la actividad del facultativo puede afectar bienes jurídicos de la persona protegidas por el ordenamiento.

En primer lugar, señala Francisco Bueno, “Dicha actividad puede afectar a la vida, la salud y la integridad física del paciente, por supuesto, no puede hablarse de delito cuando el facultativo retrasa la muerte con su actuación o mejora la salud del enfermo, porque el delito es lesión del bien jurídico protegido por la ley y difícilmente puede hablarse de lesión del bien jurídico cuando éste, resulta protegido o mejorado por la actividad humana. Pero sí hay conducta típica, según la doctrina mayoritaria, cuando la actividad médica es la causa única de la muerte o acelera su producción o cuando comporta una amputación o un sufrimiento inútil, o perjudica la salud del paciente”<sup>56</sup>.

En segundo lugar, continúa diciendo Francisco Bueno, “La actividad médica puede afectar a la libertad del paciente cuando se lleva a cabo sin el consentimiento de éste. En tal caso y con independencia del resultado favorable o desfavorable, imprudente o fortuito, para la salud del sujeto pasivo, existirá un delito de coacciones, la *ratio iuris*, de la exigencia del consentimiento es la vinculación con los derechos de la personalidad que tiene una decisión sobre el destino del cuerpo

---

<sup>56</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.16.

humano. Aceptar o rechazar un tratamiento médico, significa elegir entre un riesgo y otro riesgo, entre un sufrimiento y otro sufrimiento, y esa elección es rigurosamente personal, sin que nadie pueda sustituir al interesado en la adopción de su decisión pertinente”<sup>57</sup>.

#### *7.6.5 La experimentación*

La experimentación sobre un cadáver no plantea a mi juicio ningún problema, el muerto carece de derechos y nadie puede por tanto, ostentar la titularidad de los mismos por representación o sustitución, ni la sucesión en la personalidad del difunto alcanza en aquellos derechos que son personalísimos.

Por otro lado, en el caso de la experimentación sobre seres vivos u hombres vivos Francisco Bueno expresa que, “Cabría distinguir entre la experimentación terapéutica, que persigue un fin curativo para el sujeto pasivo o puramente científica. A la primera le sería aplicable en principio, lo dicho para el tratamiento médico-quirúrgico y de la eficacia del consentimiento en su justificación. La experiencia científica no se puede prohibir porque va unida al progreso, es decir, a la existencia de la sociedad, solo puede justificarse cuando se realice de acuerdo con las leyes. Sin perder de vista que una ley positiva prescindiera del consentimiento del sujeto, por estimar que el interés social prima sobre el interés individual, sin necesidad de otro condicionante, llevaría también una cosificación de la persona que infringiría directa y gravemente la dignidad fundamental de la misma que la Constitución Española reconoce como inviolable”<sup>58</sup>.

Se ha puesto de relieve las dificultades de la información como presupuesto del consentimiento libre del sujeto de la experimentación, pues los resultados de la experiencias no pueden ser conocidas de antemano y el experimentador no está en condiciones de ilustrar al sujeto, sobre las complicaciones eventuales a causa del

---

<sup>57</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.16

<sup>58</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.18.

conocimiento limitado de un medicamento experimental o de una técnica terapéutica.

Sin embargo expone Francisco Bueno, “En la investigación científica pura, el consentimiento que no ha sido informado no puede librar al investigador de su responsabilidad. Procede hacer una especial referencia a aquellos supuestos en que el consentimiento del sujeto de la experimentación se muestra aparentemente libre, pero en el fondo está determinado por la situación que aquél se encuentra y el consentimiento no se hubiera formulado en una situación diferente. De modo particular este es el caso de los reclusos o prisioneros de guerra a quienes la esperanza de obtener la libertad o el disfrute de un régimen penitenciario más benigno, puede impulsar a ofrecerse como sujetos voluntarios de experimentación. El proyecto de convenio para la prevención y represión de experimentos ilegales sobre el hombre de 1980 incluye a las personas internadas en hospitales psiquiátricos o en cualquier otra institución o servicio”<sup>59</sup>.

El párrafo segundo del artículo 146 del Código Penal nicaragüense, se prohíbe el experimento sobre genes humanos, y señala que, quien experimente o manipule material genético que posibilite la creación de híbridos humanos o la clonación, será sancionada con pena de tres a seis años de prisión.

También se prohíbe en este ordenamiento jurídico, a quien artificialmente fecunde óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, castigándose esta conducta con penas de prisión más inhabilitación para ejercer la profesión u oficio relacionado a la salud.

#### *7.6.6. Procreación artificial*

Se han fundamentado los procedimientos de procreación artificial en el derecho a tener hijos que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, reconoce a toda persona, pero es bueno aclarar qué bienes jurídicos pueden resultar afectados

---

<sup>59</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.16

en cada caso y quiénes son sus titulares. La doctrina se ha venido planteando la posibilidad de valorar la inseminación o fecundación artificial como un delito de escándalo público, ofender el pudor de las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, la respuesta debe ser que el orden moral sexual colectivo, que sería el bien jurídico protegido en tales delitos. Cambia con la evolución de las sociedades y de los tiempos, y que hoy se consideraría obsceno un acto de inseminación artificial a menos que se realizara en público con exhibicionismo o cinismo.

El planteamiento de sí, afirma Francisco Bueno, “Junto al orden moral sexual colectivo (las buenas costumbres) podrían considerarse lesionadas por este hecho la libertad sexual individual y la moralidad familiar, debe responderse negativamente ante el consentimiento de los interesados. El empleo de violencia, intimidación o engaño para la obtención del semen masculino o para su introducción en el órgano femenino podría ser constitutivo de delito de abusos deshonesto o de coacciones, también se hablado del delito de injurias. En la materia en que afecta el honor de los interesados a convertir a la mujer en objeto de una manipulación reproductiva, o utilizar secretamente el semen del marido. Aunque en mi opinión el honor objeto de protección penal, es el prestigio o el sentimiento de dignidad que resulta de los actos propios y no debería depender de los actos ajenos. En otro caso, el único bien jurídico protegido sería la libertad de disposición del propio cuerpo, que lógicamente no resulta lesionado si su titular presta un consentimiento libre, previo la necesaria información. El IX Congreso Internacional de Derecho Penal de la Haya en 1946, estimó que la inseminación artificial no debería prohibirse penalmente, salvo el caso en que la intervención tuviera sin el consentimiento de la mujer”<sup>60</sup>.

Para nuestra ley penal, las conductas que se realizan en el contexto de este aspecto del trabajo, se califican según la intervención o no del consentimiento de la mujer y está contenido en los delitos que tutelan el bien jurídico libertad de actuación,

---

<sup>60</sup> Bueno Arus, F. Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.16

coincidiendo plenamente con el IX Congreso Internacional de Derecho Penal de la Haya de 1946, ya que el consentimiento exime de la responsabilidad penal, específicamente el artículo 118 del Código Penal de Nicaragua, refiere en este sentido que, quien *sin el consentimiento* de la mujer, procure su embarazo utilizando técnicas médicas o químicas de inseminación artificial, será penado con prisión de tres a cinco años y si el embarazo resulta se castiga con mayor severidad y a los profesionales de la salud, en este caso a los médicos se les castiga, además de la pena principal, con la inhabilitación especial de cinco a diez años para ejercer la profesión.

Por otro lado, se castiga la alteración de condiciones pactadas entre la paciente y el profesional de la medicina o bien obtenga el consentimiento de la paciente mediante engaño o promesas falsas. Todo ello nos muestra como incide el consentimiento válido de la mujer para la realización de inseminación artificial en el derecho nicaragüense, totalmente acorde con la doctrina penal internacional y el derecho comparado.

#### *7.6.7. Fecundación in vitro*

La fecundación *in vitro* puede sumar las características de la inseminación artificial y de la experimentación científica, plantean graves problemas desde la perspectiva del Derecho Civil y gran incógnita para el Derecho Penal, desde el momento de responder a la pregunta si los embriones *in vitro* son parte del cuerpo de los padres o si constituyen una persona independiente merecedora de protección autónoma.

En este sentido afirma Francisco Bueno, “Los riesgos de muerte o lesiones para los embriones obligan a plantearse de manera más amplia el tema de la valoración penal de tales hechos. Sin necesidad de reproducir en este momento la discusión sobre el comienzo de la individualidad y de la personalidad humana. A juicio del autor citado, el derecho penal no regula actualmente tales problemas, en primer lugar, porque la muerte del embrión *in vitro* no es homicidio, ya que el sentido de la ley es calificar de homicidio la muerte de la vida independiente y dudosamente

puede calificarse de aborto, porque, aunque identificaremos el aborto con la destrucción del feto sin más, los tipos de abortos están pensados desde la perspectiva de la mujer embarazada y el aborto con dolo eventual o culposos, solo es punible si se ejerce violencia sobre la mujer embarazada. Paralelamente, los delitos de lesiones están reservados a los malos tratos. La consecuencia lógica es que la muerte o los daños corporales referidos a un embrión *in vitro*, son conductas atípicas en nuestro ordenamiento (España), aunque seguramente deberían dejar de serlo, teniendo en cuenta su gravedad moral y la suprema importancia de la protección de la vida, así como la frecuencia en que tales supuestos se van a presentar en un futuro inmediato”<sup>61</sup>.

De las expresiones del autor se desprende su posición hacia lo que se considera vida, y ello deviene de la influencia en la doctrina y jurisprudencia española, del conservadurismo y la religión y así, el mismo Francisco Bueno Arus, usa como fundamento, esta doctrina y jurisprudencia, en el análisis de este tipo de casos que aunque no es tema desarrollado para algunas legislaciones, en Europa cobra mucha relevancia por la reiteración de esos actos entre la sociedad.

Continúa el autor precitado, Francisco Bueno, “Pero el penalista se ha de plantear también el tema de la exclusión de la responsabilidad por asunción de los riesgos por el consentimiento del titular del bien jurídico protegido. La cuestión de la titularidad de derechos va indiscutiblemente unida a la condición de persona humana, que aquí presentaría una dificultad añadida en el hipotético caso de los niños probetas, ya que, aún aceptando que el nacimiento determina la personalidad y que la frontera entre la vida no independiente y la vida dependiente, es decir, entre el aborto y el homicidio, viene determinado por el hecho del nacimiento, sería imposible precisar tal momento en el supuesto indicado”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.20

<sup>62</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.20

Los artículos 148 y 149 del Código Penal de Nicaragua, prevén castigos para las conductas relacionadas con estas situaciones y señalan que, el que por cualquier medio o procedimiento, causare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica será castigado con pena de prisión de dos a cinco años y con inhabilitación especial para ejercer la profesión sanitaria.

También se castiga las lesiones imprudentes inferidas por cualquier medio al que está por nacer, siendo castigado con menos severidad, se excluye de este castigo corporal a la madre embarazada.

#### *7.6.8.- Maternidad Alquilada*

Esta situación combina los caracteres de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la experimentación. Como observaciones específicas que añadir a lo ya dicho antes, desde el punto de vista de la ley penal, proceden las que señala Francisco Bueno, “La implantación a la fuerza de un embrión en el útero de una mujer sin su consentimiento, supondría el delito de abusos deshonestos o de coacciones, al que fácilmente se añadiría otro como lo es el de lesiones. La madre de alquiler, incurriría en su caso en responsabilidad por el delito de aborto provocado, pero serían atípicos los daños que sufriera el feto por falta del cuidado debido, pese a la condición de aquella de garante de la vida y la salud de éste, los actos médico o científicos que recayeran sobre el feto, habría de contar con el consentimiento de la madre de alquiler”<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.20

Este tipo de conductas son poco comunes en países como Nicaragua y por ello, el legislador no ha considerado la tutela de los bienes jurídicos relacionados con este tema.

#### *7.6.9.-Internamiento de enfermos mentales*

A este respecto el autor Francisco Bueno, plantea que, “El internamiento de enfermos mentales por razones terapéuticas o preventivas, puede ser ocasión de abusos y llegar a constituir un auténtico delito de detención ilegal, de aquí que no siendo lógico limitarse al consentimiento del paciente como causa legitimadora del internamiento y pudiendo el consentimiento del tutor o de los familiares estar motivado por razones egoístas y no de protección del paciente, el ordenamiento haya decidido a recurrir en todo caso a un control judicial que no exento del problema, así lo ha hecho el legislador español, al disponer que el internamiento de un presunto incapaz, salvo que por razones de urgencia, hicieran necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes a un Juez”<sup>64</sup>.

Debemos tener en cuenta que las reflexiones aquí realizadas son producto de la experiencia de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales de España, país donde se inspira la mayor parte de nuestra legislación en las diferentes ramas y principalmente la del Derecho Penal sustantivo.

#### *7.6.10. Manipulaciones genéticas*

Las manipulaciones genéticas realizadas sobre un embrión (implantado o *in vitro*) son desde luego un supuesto de experimentación científica en que los problemas jurídicos penales, coinciden con los ya mencionados en supuestos anteriores: titularidad de los bienes jurídicos afectados (la vida, integridad física, libertad de disposición). La envergadura de la manipulación de la personalidad humana, (aunque sea futura) que se anuncia como posible por la ciencia, hace que el

---

<sup>64</sup> Bueno Arus, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en *Revista Poder Judicial*, número 15, 1985, p.19.



penalista deba aquí replantearse la licitud de estas actividades, desde el punto de vista de la moral y las buenas costumbres, que con todo respeto para las opiniones disidentes sigue siendo bien jurídico protegido.

El Código Penal de Nicaragua, en su artículo 146 primer párrafo, prevé esta situación como he señalado antes, y se refiere en su inicio que será castigado penalmente, a quien altere el tipo de la estructura vital o genotipo por manipulación de genes humanos, por razones distintas a las terapéuticas.

Además se extiende las prohibiciones para quienes a través de la ingeniería genética propicie la creación de armas biológicas o de exterminio de la especie humana y será sancionado severamente con prisión de quince a veinte años.

## **8.-Tratamiento del consentimiento informado del paciente, como eximente de responsabilidad penal**

### *8.1.-Bienes jurídicos disponibles y bienes jurídicos no disponibles*

El consentimiento en Derecho Penal se establece como la renuncia a la tutela que la norma penal otorga al bien jurídico protegido, por ello, se vuelve indispensable buscar un criterio diferenciador entre aquellos bienes jurídicos que se puede válidamente disponer y los que la disponibilidad es absolutamente imposible. Todo ello es una tarea difícil, por cuanto el legislador no ha elaborado lista alguna que contemple los bienes jurídicos que se puedan disponer y lo que esté prohibida tal cosa.

Según José Enrique Pierangeli, la doctrina prevaleciente, sobre la distinción entre bienes disponibles e indisponibles, debe hacerse a partir de un criterio llamado “ponderación de intereses”, o “equivalencia de los intereses”. La teoría fue formulada en Alemania a comienzos de siglo y entre sus defensores podemos señalar a Allfeld, Roberto Von Hippel y Liszt-Schmidt.

Esta teoría, expresa José Enrique Pierangeli, “No constituye un criterio absolutamente seguro para los fines propuestos, como es diferenciar bienes jurídicos disponibles y bienes jurídicos no disponibles, pero no deja de ser un elemento válido

para la averiguación de otras causas de justificación, particularmente la legítima defensa y el estado de necesidad. En la búsqueda incesante de un criterio objetivo que permita establecer la distinción entre bienes disponibles e indisponibles, un sector doctrina que llegó a influir en la elaboración de las jurisprudencias italiana y alemana, establece que la distinción se hace teniendo en cuenta la utilidad social del bien. Cuando éste, no reviste una inmediata utilidad social y el Estado reconoce al particular la exclusividad del uso y goce, es disponible, contrariamente, cuando la utilidad social se manifiesta de inmediato, el bien es indisponible”<sup>65</sup>

Es muy importante esta distinción para los efectos de determinar cuando estamos ante una causa de atipicidad y cuando ante una causa de justificación.

Continua señalando, José Enrique Pierangeli, “Para establecer un criterio diferenciador se recomienda una investigación a partir de las fuentes que regulan la disponibilidad entre dichas fuentes: el examen de los usos y costumbres, la reiteración en el ordenamiento jurídico de la tutela sobre determinados bienes, subrayándose el interés público. Aun cuando el ordenamiento jurídico establece de modo expreso o implícito la posibilidad de renuncia a la tutela, el consentimiento es válido. Una advertencia, empero, se hace necesaria: el consentimiento puede ser válido en un ordenamiento jurídico y no serlo en otro, por lo cual recurrir al derecho comparado no siempre es válido”<sup>66</sup>

Finalmente podemos señalar al abordar esta parte de la disponibilidad o no de los bienes jurídicos que, el legislador, de la misma manera que puede ampliar o restringir el ámbito de la disponibilidad del bien jurídico, puede también inclinarse por la indisponibilidad de todos los bienes tutelados por la norma penal.

---

<sup>65</sup> Pierangeli José Enrique, *El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito*. Editorial del Puerto. Buenos Aires, 1998, pág. 109.

<sup>66</sup> Pierangeli José Enrique. *El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito*. Editorial del Puerto. Buenos Aires, 1998, pág. 110.

Al abordar este apartado de la exposición, debemos partir que existen varias causas que eximen de responsabilidad penal, tal es el caso de la atipicidad, de la antijuridicidad e incluso, hay autores que se refieren a la exculpación.

Se estudia en la doctrina y jurisprudencia española, que el consentimiento solo puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en que el portador del bien jurídico protegido es un individuo (una persona física o una persona jurídica). El consentimiento no puede eximir de responsabilidad en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, es decir, cuyo portador sea la sociedad o el Estado.

En la doctrina española y en otros países como Alemania, existe controversia sobre este tema y al respecto, se señala por Javier de Vicente, “Que uno de los problemas que puede considerarse como común en la discusión científica jurídico-penal y que en parte, por ello presento como objeto de esta intervención, es el relativo a la naturaleza y ubicación sistemática, a saber si el consentimiento eficaz es una causa de atipicidad o de justificación, respecto de lo cual, veremos que reina la controversia. Las discrepancias surgen ya, de la propia forma de regulación del consentimiento en los códigos penales; en su normativa general o en los delitos en particular. Mientras la doctrina pertenecientes a los países del primer grupo quieren ver un inequívoco apoyo legislativo, a favor de la tesis de que el consentimiento es también una causa de justificación, quienes carecemos de tal regulación, podemos objetar que tal decisión legislativa no debe prejuzgar nada a favor de dicha tesis, pues podría ser perfectamente compatible con la que afirma que el consentimiento es en todo una causa de atipicidad. Aparte de que, antiguamente sobre todo, existía una orientación, hoy casi abandonada, de resolver el consentimiento sólo como causa de justificación”<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Vicente Remesal, Javier de, “Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en *Revista Cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, Mc Graw Hill, Madrid España, 1999, págs. 118 y 119.

De lo anterior se deduce que, existen dos tesis, en la doctrina actual tanto alemana como la española, hay un posicionamiento bastante equilibrado entre ambas tesis y son conocidas como *dualista o de la diferenciación*, que es la tradicional y tesis *unitaria, monista o de la unificación*, es decir, entre quienes se ubican que el consentimiento eficaz puede ser, según los casos, causa de atipicidad o de justificación y quienes entienden que solo puede ser causa de atipicidad.

Según la doctrina tradicional (dualista), sigue diciendo Javier de Vicente, “La atipicidad se correspondería con los denominados casos de acuerdo o conformidad y la justificación con los de consentimiento en sentido estricto. Para la teoría unitaria no tendría sentido tal diferenciación y se hablaría únicamente de consentimiento. Esta discrepancia de opiniones se basa fundamentalmente en la diversa interpretación del concepto, bien jurídico; en particular en la relevancia otorgada a la referencia personal o sistemático-social, en virtud de la cual, se considera respectivamente, que hecho atenta contra la voluntad del afectado o, por el contrario, que aquel posee un significado propio para la comunidad, con independencia de dicha voluntad”<sup>68</sup>.

## *8.2.-Sobre el consentimiento como causa de atipicidad*

Se establece que en la ciencia moderna del derecho penal español, según José Cerezo, “Se considera que el consentimiento del portador del bien jurídico excluye ya en algunos casos la tipicidad de la acción o de la omisión, se trata de aquellos tipos, en los que aparece como requisito expreso o tácito, que la acción o la omisión se realice en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo. Este es el caso sin duda cuando el bien jurídico protegido es la libertad individual, así por ejemplo en los delitos de detención ilegal, no se producirá el tipo si el encerrado o detenido, consiente en el encierro o detención, pues no se le priva entonces de su libertad , también en el delito de coacciones, el consentimiento del portador del bien jurídico

---

<sup>68</sup> Vicente Remesal, Javier de, “Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en *Revista cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, Mc Graw Hill, Madrid España, 1999, pág. 114.

excluye la tipicidad de la conducta, en los delitos de violación sexual, cuando se emplee fuerza o intimidación, el consentimiento excluye el ataque a la libertad sexual y con ello la tipicidad de la conducta”<sup>69</sup>.

Sobre este tema, Julio Armaza dice que, “Cuando en el tipo penal se describe una conducta que para ser típica debe ejecutarse en contra de la voluntad del sujeto pasivo o sin ella y si es el caso que éste otorgue su conformidad, con tal hecho, dicha conformidad o acuerdo hará atípico el acto. La exigencia de que el comportamiento violente la voluntad del sujeto pasivo, puede constar expresa o tácitamente en el tipo, e igualmente, en ambos casos, el acto será atípico si media, como lo anotamos, el consentimiento de quien aparecería formalmente como sujeto pasivo, en resumen, si en el tipo penal se prescribe que la conducta, para ser típica, debe ir en contra de la voluntad del sujeto pasivo y éste se muestra conforme con su ejecución, difícilmente puede entenderse que haya lesión del bien jurídico, pues la ausencia de oposición la haría desaparecer. El consentimiento como causa excluyente de tipicidad, debe además ser eficaz, y se entiende por tal, el que es dado libre y conscientemente. No surtirá eficacia, por tanto, si fue obtenido engañosamente, por violencia o a través de amenazas, nunca podrá considerarse atípica la conducta de quien consiguió pistola en mano que el autor de una obra famosa le otorgue la autorización para publicarla”<sup>70</sup>.

Continúa Javier de Vicente y dice que, “Valora que esta institución, ya por sí grande sobre la base de la afectación de los bienes jurídicos en las formas propias de una sociedad anterior, no tan desarrollada técnicamente como la actual, aumenta y se complica hoy en día con nuevos supuestos que surgen de los condicionamientos económicos-sociales y de los avances de la técnica y de la ciencia, especialmente en la industria y en la medicina. Junto a los casos tradicionales relacionados con el auxilio e inducción al suicidio y con las lesiones, aparecen nuevos supuestos problemáticos derivados de las intervenciones médicas, curativas y no curativas;

---

<sup>69</sup> Cerezo Mir, José “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación” en *Revista estudios de Derecho Penal y criminología, UNED-Madrid, 1989*, pág. 203.

<sup>70</sup> Armaza Galdós, Julio, “La eximente por consentimiento del titular del Bien Jurídico” en *Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, 1998*, p. 111 y 112.

tratamientos quirúrgicos, esterilizaciones voluntarias, operaciones transexuales, intervenciones cosméticas, experimentaciones humanas, donación de órganos o tejidos, intervenciones sobre el embrión o sobre los *nasciturus*, manipulaciones genéticas, eutanasia, prolongación artificial de la vida. etc. A ello se unen, así mismo, nuevas situaciones derivadas de la comunidad en riesgo que, en el desarrollo de la vida actual, van adquiriendo incluso el carácter de normalidad”<sup>71</sup>.

Poco el tema del consentimiento viene penetrando en la esfera penal, a veces sin mucha controversia como otros aspectos del derecho, la práctica diaria en la jurisprudencia española, y la importancia que la doctrina le ha dado al tema del consentimiento hace que se vengán asentando algunos principios como el que señala que, *no se produce un injusto, cuando se actúa con consentimiento del afectado*, este siempre ha regido con limitaciones mayores y menores según las diferentes concepciones doctrinales y en esa medida se plasman en las correspondientes normas legales.

Expresa al respecto Javier de Vicente Remesal que: “La limitación de la eficacia del consentimiento en el Derecho Penal se produce con independencia de que el mismo se incluya en la normativa general o, lo que es más habitual, en normas dispersas de la parte especial. En el primer caso suele regularse entre las causas que excluyen la responsabilidad criminal, más especificaciones, aunque no falten ejemplos donde, con mayor concreción, figura entre las que excluyen la antijuridicidad y la culpabilidad”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Vicente Remesal, Javier de, “Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en revista *Cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 114.

<sup>72</sup> Vicente Remesal, Javier de “Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en *Revista cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 114.

En el derecho español, el consentimiento no se contempla con carácter general en el Código Penal, no figura expresamente previsto entre las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal. En consecuencia, su posible ámbito de aplicación, esto es, la cuestión de si y en qué medida puede afirmarse su eficacia, hay que decidirla en atención a los tipos correspondientes de la parte especial, mediante una labor interpretativa de los mismos y sobre esa base habrá que buscar también su correspondiente ordenación sistemática. Sea como fuere, el consentimiento eficaz que exime de responsabilidad, siempre restringe, por vía genérica o específica, a los bienes considerados jurídicamente disponibles.

Quedan excluidos por tanto, dice Javier de Vicente, “Que en primer lugar, los bienes jurídicos de la colectividad, aunque el afectado directo sea un particular (por ejemplo, falso testimonio, falsificación de documentos, delitos contra el estado civil de las personas, usurpación del estado civil o celebración de matrimonio ilegales). Puede suceder no obstante, que determinados tipos protejan tantos bienes jurídicos de la colectividad como de los particulares (por ej., acusación y denuncia falsa, delitos contra la seguridad del tráfico) lo que origina discrepancias sobre la aplicabilidad del consentimiento a los mismos. En todo caso, no se trata de un problema que afecte en primer término a la teoría del consentimiento, sino al bien jurídico protegido por los tipos en particular. Algo semejante sucede con los delitos cometidos por los funcionarios públicos, donde la relevancia o no del consentimiento de la víctima habrá que determinarla también en atención al tipo afectado en particular. Así mismo, el consentimiento tampoco excluye la realización del tipo en los delitos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven, precisamente, para su protección”<sup>73</sup>.

Francisco Bueno Arus, considera, que en la esfera jurídico-penal, el consentimiento de la víctima, sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido por la norma, tiene una larga tradición como causa de exclusión de la responsabilidad penal de quien lesiona dicho bien jurídico (*volenti non fit iniuria*), aunque su alcance es diverso,

---

<sup>73</sup> Vicente Remesal, Javier de “Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en *Revista cuestiones actuales de la Teoría del Delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 118.



según las diferentes funciones que tal consentimiento puede desempeñar en relación con la estructura del delito o con las consecuencias del mismo.

*El consentimiento es elemento del tipo del delito* en aquellas infracciones construidas precisamente sobre la base del consentimiento entre el autor y la víctima: aborto consentido, rapto con anuencia, en estos supuestos, desde luego que el consentimiento no puede eximir de responsabilidad al sujeto activo del delito, precisamente porque es elemento esencial de este último y contribuye a su perfección. Ahora bien la ausencia del consentimiento, daría lugar a la existencia de un delito diferente, de mayor gravedad, porque sería mayor la antijuridicidad del hecho cometido.

*El consentimiento es causa de atipicidad*, (inexistencia de acción punible) en aquellos delitos cuya estructura requiera, al contrario que en el párrafo anterior, el disenso o la falta de consentimiento del sujeto pasivo (como por ejemplo, allanamiento de morada, violación sexual, hurto) en estos casos, el consentimiento elimina el presupuesto básico de aplicación de la norma penal y la conducta resulta intrascendente para esta rama del ordenamiento.

### **8.3. El consentimiento como causa de justificación**

Como ya hemos visto se trata de circunstancias eximentes de responsabilidad, que por determinadas razones, excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica, que realiza su parte objetiva el tipo positivo, indiciario de la antijuridicidad, por eso se les denomina también, causas de exclusión de la antijuridicidad o del injusto.

Habíamos visto, afirma Julio Armaza que, “El encuadramiento del comportamiento dependía si se autorizaba o no el hecho (cuando en el tipo se da ocasión para ello, por estar redactado de tal forma que prevea como típica únicamente la acción contraventora de la voluntad del sujeto pasivo) y que en el primer caso, desaparecería el concepto mismo de lesión al bien jurídico protegido. Si el tipo no exige que la acción deba dirigirse contra la voluntad del sujeto pasivo y éste otorga



su asentimiento para que produzca el menoscabo en un bien de su libre disposición, lejos de excluirse la tipicidad se excluirá, más bien la antijuridicidad del comportamiento. El artº 205 de la ley penal española, recoge el delito de daños al patrimonio y no estipula que, para que se configure, debe actuarse contra la voluntad del sujeto pasivo, por lo que, siendo éste titular exclusivo de un valioso reloj, da su autorización para que un tercero lo desarme hasta convertirlo en una porción desarticulada de metal, se habría lesionado el patrimonio ajeno ( de hecho se lo menoscabó al dejarse inservible el aparato), y la acción por lo mismo será típica. Esa misma conducta, a pesar de todo, no podrá ser reputada como antijurídica, pues la lesión recayó sobre un bien de libre disposición y su titular, haciendo uso del derecho de disponer del mismo, consintió el desmedro”<sup>74</sup>.

El consentimiento del sujeto pasivo es causa de justificación del hecho, cuando el deber de respetar los bienes jurídicamente protegidos está fundado en el interés del titular de los mismos en su conservación, ya al darse la conformidad de aquél en la destrucción, modificación o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, desaparece la oposición que fundamenta la antijuridicidad del hecho típico (principio de la ausencia de interés). Esta situación requiere que se trate de bienes o derechos de titularidad individual, respecto de los cuales el titular tenga disponibilidad reconocida por el ordenamiento. El consentimiento del particular ofendido carecerá, pues de trascendencia., cuando el titular del bien jurídico sea la colectividad, o cuando el ordenamiento prohíba a los titulares disponer del objeto o renunciar a su derecho por razones de moralidad o de orden público, o establezca limitaciones para su disposición con base en el interés público.

El *consentimiento* dice José Cerezo, “No excluye la tipicidad, pero si la antijuridicidad de la conducta en aquellos tipos en que se protege un bien jurídico, cuyo portador es el individuo (una persona física o una persona jurídica), pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible, este es el caso, por ejemplo en el delito

---

<sup>74</sup> Armaza Galdós, Julio. “*La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico*” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 1998, p 116.

de injurias, en que se castiga toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona. El consentimiento no puede excluir la tipicidad de la conducta, pero se considera en la ciencia del derecho penal española que el honor es un bien jurídico disponible. El consentimiento constituye aquí, una causa de justificación. Lo mismo sucede en el delito de daños, la realización del tipo no exige que el daño se cause contra o sin la voluntad del dueño de la cosa destruida, deteriorada o inutilizada. En los delitos de lesiones corporales, el consentimiento no excluye la tipicidad, sino únicamente, en algunos casos”<sup>75</sup>.

En otro orden de consideraciones, la voluntad del sujeto pasivo puede ser penalmente relevante en los llamados delitos *perseguidos a instancia de parte*, en los cuales la ley exige denuncia o querrela del ofendido para que el delito sea judicialmente perseguido.

Lo problemático expresa Julio Armaza, “Radica en determinar que bienes pueden ser objeto de renuncia por parte de su titular; si la autorización debe ser otorgada indiscriminada e irrestrictamente o si, por el contrario, para impedir que periclite la función protectora del Estado, deba prohibirse la disponibilidad de determinados bienes. Una solución que tienda a lograr un equilibrio entre el interés personal y los intereses sociales de la comunidad, parece ser la correcta. El tipo penal del delito de lesiones dolosas es la expresión de la norma prohibitiva, no vulnerarás la salud o la integridad físico psicológico de las personas, en las contiendas de boxeo, karate, taekwondo, etc. donde los contendientes quieren precisamente derribarse uno al otro a través de golpes intencionales dirigidos con el propósito de lesionar, no puede negarse que la acción por ellos ejecutada sea justamente típica. Pese a la tipicidad del comportamiento lesivo de quien ejerce la profesión de boxeador por ejemplo, únicamente le será justificado el hecho si el oponente, cuya integridad física fue vulnerada, otorgó su aquiescencia para ser golpeado. El consentimiento aquí, el

---

<sup>75</sup> Cerezo Mir, José. “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación” en *Revista estudios de Derecho Penal y Criminología*, UNED-Madrid, España, 1998, p 208.

presupuesto sobre el que se erigirá la eximente por el ejercicio legítimo de una profesión”<sup>76</sup>.

Hay lesiones, de otro lado, que no podrán justificarse por el ejercicio legítimo de una profesión, pero que tendrán la naturaleza jurídica de este mérito al consentimiento, así, las lesiones que ocasione el amante sádico en la mujer con quien yace, sí conocía esta anomalía sexual de aquél y a pesar de ello autorizó el trato y maltrato; lo serán, igualmente, las que produce quien succiona tejido adiposo de un tercero para posibilitarle una figura esbelta, o finalmente, quedará justificada por el consentimiento, la ablación de un riñón para injertárselo a quien padece síndrome nefrítico.

Julio Armaza, citando a Mezger y Welzel, expresa que, “Para determinar el fundamento de esta eximente, recurren a los argumentos como, que la impunidad de quien lesiona el bien jurídico ajeno, mediando autorización para ello, radica en el principio de ausencia de interés. Su discurso es como sigue: El consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión del injusto con arreglo al principio de ausencia de interés. Pues supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico. No valen las palabras de Mezger, a pesar de todo, para el supuesto siguiente: un padre de familia, aterido por el sufrimiento que la ceguera hace padecer a su hijo, decide donar una de sus córneas para que éste recupere la visión. La operación practicada por el cirujano, que dejó mutilado al padre, únicamente se justificará por el consentimiento si concurren los requisitos exigidos por la ley. Nunca podrá decirse, sin embargo, que el progenitor abandonó su interés por gozar plenamente de la visión, pues en realidad lo sacrificó, a su pesar, para posibilitar otro que consideró también importante. La tesis de Mezger, en suma, no garantiza un sustento válido para los supuestos de la índole señalada y es, por lo mismo, incompleta”<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Armaza Galdós, Julio, “la eximente por consentimiento del titular del Bien Jurídico” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 1998, p 117.

<sup>77</sup> Armaza Galdós, Julio. “la eximente por consentimiento del titular del Bien Jurídico” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 1998, p 118.

Welzel, por su parte, hace recaer el fundamento en la renuncia a la protección jurídica cuando el sujeto pasivo, en determinadas circunstancias, autoriza el menoscabo o la lesión. *¿Debería tener eficacia la renuncia a la protección estatal efectuada por el particular?* La respuesta a esta interrogante decide la cuestión.

Peter Noll, dice Julio Armaza, “Basa su argumento en la ponderación de valores o bienes que debe hacerse en cada caso y, si no entendemos mal a quienes sostienen y difunden el punto de vista del jurista citado, de apreciarse como la más valiosa la libertad de autodeterminación del titular del bien perjudicado frente a una causa de justificación”<sup>78</sup>.

## **9. El tratamiento del consentimiento en nuestra legislación penal**

A lo largo de este trabajo hemos expuesto la posición doctrinal de varios tratadistas del Derecho Penal que se han introducido al análisis del tema del consentimiento en esta materia, no obstante eso, también se ha expuesto como regula nuestra legislación penal algunos aspectos del tema, siendo obvio la poca dedicación del derecho penal objetivo de estos aspectos.

### *9.1 Antecedentes*

El Código Penal nicaragüense, de 1974 contempló en su momento el criterio del consentimiento en otros tipos penales que no son los de la actividad médica, por ello, las clasificaciones de los delitos en las que figura el consentimiento en el Derecho Penal nicaragüense, están referidos en tipos penales relativos a los que protegen la propiedad, la libertad, derechos de autor, principalmente y es que el Código Penal que estuvo vigente hasta el año dos mil siete, fue objeto de varias reformas parciales en distintos momentos de la historia nacional, pero eran solamente parches o enmiendas que no cambiaban la esencia de la filosofía de ese ordenamiento penal, tal parece que estos aspectos de la doctrina moderna del

---

<sup>78</sup> Armaza Galdós, J. (1998) “La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, p 118.

Derecho Penal le eran indiferentes a los legisladores de la época y nuestra ley penal estaba estancada con criterios ya casi obsoletos y en decadencia con respecto a los avances de la doctrina del derecho penal internacional.

No obstante lo anterior, encontramos algunos antecedentes normativos en los que incide de forma determinante el consentimiento, como es el caso del artículo 162 del Código Penal que penalizaba el aborto con o sin consentimiento y establecía que “El que causare la muerte de un feto en el seno materno o mediante aborto, será reprimido con prisión con prisión de 3 a 6 años, *si obrare sin consentimiento* de la mujer o si ésta fuere menor de 16 años con prisión de 1 a 4 años.

La mujer que hubiere *prestado consentimiento* para el aborto, sufrirá la pena de 1 a 4 años de prisión. Vemos como incide el consentimiento para la determinación de la gravedad del hecho en los diferentes tipos penales relacionados a este caso, actualmente está contemplado en el artículo 143 del Código Penal y se disminuye la sanción.

Específicamente en la actividad médica, los aspectos relacionados al consentimiento informado del paciente no eran temas de relevancia para efectos del Derecho Penal e incluso para la reglamentación administrativa. Por las razones anteriores es muy difícil encontrar algún tipo de antecedente inmediato o mediato que no sea la costumbre y la buena práctica de los galenos, es hasta los años noventa del último siglo que se comienza a debatir sobre la actuación imprudente de los médicos y se producen algunos casos que llevan el tema de la actividad médica a la palestra pública y ya se habla de la responsabilidad penal del médico.

## *9.2 El consentimiento informado del paciente, la actividad médica en Nicaragua, sus regulaciones*

En Nicaragua en el año dos mil dos, se promulga y entra en vigencia la Ley 423, Ley General de Salud, entre sus principales finalidades se encuentra que:

Para el desarrollo de una cultura de calidad y productividad se promueve la aplicación de herramientas que la evaluación objetiva para el diseño y rediseño de procesos y así mejorar la calidad de la atención de los pacientes.

En lo que respecta al consentimiento informado, nuestro ordenamiento jurídico, acoge como veremos a continuación los criterios y planteamientos doctrinales más actualizados en la actividad médica, por eso exponemos en este apartado, la relevancia que nuestro ordenamiento jurídico penal y administrativo, le brinda al tema del consentimiento informado de paciente.

Entre los derechos del paciente para poder consentir a que se le practique determinados procedimientos o tratamientos, la Ley General de Salud en su artículo 8, establece que todo paciente tiene derecho:

- A ser informado de manera completa y continua, en términos razonables de comprensión y considerando el estado psíquico, sobre su proceso de atención incluyendo nombre del facultativo, diagnóstico y alternativa de tratamientos y a recibir la consejería por personal capacitado, antes y después de la realización de los exámenes y procedimientos establecidos en los protocolos y reglamentos.
- Cuando medicamente no sea aconsejable dar datos al paciente, habrá de suministrarse dicha acción a una persona adecuada que lo represente.
- El paciente tiene derecho a saber el nombre completo del médico responsable de coordinar la atención. Cuando el usuario requiera la información por medio escrito, le deberá ser entregada por esa vía.
- A la confidencialidad y sigilo de toda la información, su expediente y su estancia en instituciones de salud pública o privadas, salvo las excepciones legales.
- Respecto a su persona, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de: raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical, tipo de enfermedad o

padecimiento, o cualquier otra condición, conforme los tratados internacionales que sean suscritos por la República de Nicaragua.

- A no ser objeto de experimentación por la aplicación de medicamentos o procedimientos diagnósticos, terapéuticos y pronósticos, sin ser debidamente informado sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento por escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.
- El usuario tiene derecho, frente a la obligación correspondiente del médico que se le debe asignar, de que se le comunique todo aquello que sea necesario para que su consentimiento esté plenamente informado en forma previa a cualquier procedimiento o tratamiento, de tal manera que pueda evaluar y conocer el procedimiento o procedimiento alternativo específico, los riesgos médicos asociados y la probable duración de la discapacidad.
- El usuario es libre de escoger el procedimiento frente a las alternativas que se le presenten.

El artículo 8 numeral 8 e incisos a), b) y c) de la misma Ley General de Salud, señalan que el consentimiento deberá constar por escrito por parte del usuario, salvo las siguientes excepciones:

- 1) Cuando la falta de intervención represente un riesgo para la salud pública.
- 2) Cuando el paciente esté incapacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares inmediatos o personas con suficiente poder de representación legal.
- 3) Cuando la emergencia no permita demoras que puedan ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

La negativa por escrito de recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad civil, penal o administrativa al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso; pudiendo solicitar el usuario el alta voluntaria.

Es evidente el avance de nuestras leyes en materia de consentimiento informado del paciente y ya hemos visto que el ordenamiento jurídico penal nacional, señala diferentes aspectos sobre la disposición del propio cuerpo y la eximente en materia de lesiones que durante este trabajo se ha tratado.

### *9.3. El artº 157 Pn, sus alcances y trascendencias*

Importante destacar que nunca antes en la historia del ordenamiento penal nicaragüense, se había regulado este aspecto del quehacer diario del médico, fundamentalmente en lo que hace a las consecuencias de su actuación en determinados casos; es con la reforma penal del año 2007, que da como resultado la entrada en vigencia de la Ley 641, Código Penal de Nicaragua que se presentan estas regulaciones y principalmente se contempla la eximente por consentimiento en las lesiones médico-quirúrgicas.

El artículo 157 del Código Penal de Nicaragua, señala: *no serán punibles las lesiones realizadas en el cuerpo de otro con su consentimiento válido, libre, consciente, espontáneo y expresamente emitido, cuando éstas, tengan lugar con el fin de beneficiar su salud o la de un tercero o mejorar su apariencia física, salvo que el consentimiento se hubiere obtenido viciadamente o el otorgante sea un menor o incapaz, o las lesiones se fueren causadas por imprudencia profesional*”.

En este artículo no solo se toma en cuenta el consentimiento a efectos de las lesiones sufridas por las intervenciones médicas, sino que, en él se resumen todo los aspectos que hemos analizado a lo largo de este trabajo.

Vemos como se toman en cuenta los requisitos del consentimiento en este artículo, como son, *la libertad*, en el cual refiere que el consentimiento se debe expresar, sin presión o coacción alguna que lo vicie o lo anule; *la consciencia*, que no es más que la capacidad de hecho o la garantía de que el sujeto pasivo, tenga plena facultades para decidir sobre su tratamiento o el procedimiento a que será sometido, y se



agrega un elemento nuevo, que no lo señala la doctrina ni la jurisprudencia internacional en esta materia, como es *la espontaneidad*, con lo cual el legislador nacional, trata de expresar la voluntad decidida en el acto, sin ningún tipo de halago o promesa, sino una respuesta natural a la posibilidad de enfrentar las consecuencias, es importante destacar sobre este aspecto que la jurisprudencia nacional, se encargará de determinar el contenido a tener en cuenta en la aplicación de este elemento del tipo penal, por ello recurrimos en este trabajo a expresar aspectos de carácter semántico sobre el significado de este requisito.

Por otro lado se establece como requisito esencial que el consentimiento debe ser “*expresamente emitido*” esta parte debe ser analizada a la luz de la legislación de salud, específicamente lo que indica el artículo 8, numeral 8 de la Ley 423, Ley General de Salud, que señala exactamente cuándo debe haber consentimiento escrito y cuando se debe tener en cuenta, lo que se conoce en la doctrina como consentimiento tácito o presunto del paciente e incluso la posibilidad que los familiares puedan expresarlo, tema que se ha expuesto durante este trabajo y que ha sido muy bien analizado desde la doctrina y el derecho comparado.

Se refiere el artículo mencionado, la eximente en las lesiones, “*cuando estas tengan lugar con el fin de beneficiar su salud*” es más que claro que estamos en los casos de intervención médica amparados por estados de necesidad exculpante, por cuanto se trata en muchos casos de causar un mal menor para salvar la vida del paciente y además el deber de los médicos que ya está regulado en algunos tipos penales relacionados a lo que se conoce en la ley penal nacional como omisión de auxilio que regula el artículo 160 de este ordenamiento jurídico.

También se señala en el artículo 157 de Código Penal que se justifica las lesiones, no solo para beneficiar la salud del sujeto pasivo, sino que se puede lesionar para beneficiar la salud de éste “*o la de un tercero*” y en este sentido sin temor a equivocarnos, estamos frente a los llamados trasplantes de órganos o transfusiones sanguíneas con fines eminentemente curativos o de mejoramientos de la salud de personas que se ven afectadas por determinados padecimientos, pero en correspondencia con esta eximente, también se penaliza severamente, el comercio o

tráfico interno e internacional de órganos humanos, lo que no solo sucede en nuestro país, sino también a nivel internacional.

Y es que el artículo pretende excluir algunas actividades médicas que por razones de costumbre, o lo que se ha llamado en la doctrina penal, como adecuación social o actividad consentida o socialmente consentidas por la comunidad y que el artículo 157 del Código Penal, prevé para excluirla de toda penalidad y que como se ha dicho se vienen produciendo a nivel internacional y que algunas legislaciones, ya las vienen incluyendo en su ordenamientos, se trata no solo de mejorar la salud del sujeto pasivo o la un tercero como expresa el artículo 157 aquí analizado, sino que también puede ser “*mejorar su apariencia física*” y este es el caso de las lesiones que se producen para mejorar la apariencia a través de operaciones de estética o llamadas de cirugía plástica, actividad que en este últimos años ha evolucionado y aumentado cuantitativamente en países con poco desarrollo médico como el caso de Nicaragua.

Finalmente, se prevé en la norma penal, el castigo por haber realizado las lesiones con consentimiento del sujeto pasivo bajo vicios que anulan este consentimiento y por consiguiente, la transgresión del tipo penal debe ser punible y no opera la eximente. En ese sentido se habla de “*que el consentimiento se hubiere obtenido viciadamente o el otorgante sea un menor o incapaz, o las lesiones se fueren causadas por imprudencia profesional*” pero como señala el artículo 157 en su parte final, también se penaliza la imprudencia profesional referida a la actividad médica, ya que por lógica, es la única actividad que puede causar lesiones en la persona humana.

La regulación que mencionamos en este último apartado, se tendrá que remitirse para efectos de su comprensión, entendimiento y aplicación a lo que señala la Ley 423 Ley General de Salud y lo que se conoce en Nicaragua como las normas de manejo del expediente clínico, que no es más que, las normas que regulan las prestación del servicio público de salud en la República de Nicaragua y que constituye parte esencial de las funciones de hospitales y centros de salud del Ministerio de Salud.

Es necesario destacar que este el artículo 157 del Código Penal de Nicaragua, deja fuera de su regulación, otras actividades que afectan o lesionan bienes jurídicos y

que obviamente, no son parte de la actividad médico-quirúrgica, como son las lesiones producidas en actividades deportivas, boxeo, karate, beisbol, lucha libre, futbol, entre otros y que el Derecho Penal, no las penaliza por ser de adecuación social o consentidas por las sociedades.

Así como lo señala Diego Manuel Luzón en su obra curso de Derecho Penal, establece que: “Dado el sentido absolutamente normal, jurídica y socialmente adecuado de las intervenciones médico-quirúrgicas positivas (pues hay que acudir al caso fortuito, directamente o a través del ejercicio legítimo *ex ante* de la medicina), también se les puede considerar simultáneamente causas de exclusión del tipo indiciario por las razones ya indicadas”<sup>79</sup>.

No obstante lo anterior, se considera un gran avance en esta materia, ya que en nuestro Derecho Penal, nunca han existido tales eximentes y habían conductas que afectaban bienes jurídicamente protegidos, pero que no estaba clara su tratamiento por falta de su inclusión en la ley penal, sea como causas de atipicidad o de justificación o simplemente como adecuación social o conductas socialmente permitidas en el derecho nicaragüense.

---

<sup>79</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, parte General*, editorial Hispamer, Managua Nicaragua, 1995, P 561.

## **10. Conclusiones**

1. El tema del consentimiento en Nicaragua, ha sido tratado y debatido solamente con relevancia en materia de contratos y constitución de las obligaciones y las nulidades de éstas, por lo que se requiere generar el debate teórico que permita una preocupación por su estudio para los penalistas en Nicaragua.
2. El consentimiento en el Derecho Penal de Nicaragua, al igual que en la teoría y la jurisprudencia internacional, de países como España, Alemania y Estados Unidos de América entre otros, solamente puede ser valorado como una causa de atipicidad o bien de justificación en los delitos contra la propiedad, la libertad, la integridad física, no así en los delitos contra la vida, en la cual incide a efectos de gravedad de la pena, pero no de la impunidad.
3. En la aplicación práctica de la eximente contenida en el artículo 157 del Código Penal, se tendrá que acudir al Derecho Civil nacional acerca del consentimiento del sujeto pasivo, para efectos de determinar su validez, la capacidad de hecho y de derecho, las nulidades entre otros, en fin se trata de que dada la novedad de esta eximente, no existe criterios previos para los temas que señalamos anteriormente y solo podrán ser superados por la jurisprudencia
4. Quedan fuera de la eximente planteada en el arto 157 del Código Penal, el consentimiento producido en las actividades deportivas, principalmente el boxeo, tae-kwon do, beisbol entre otras, que generan afectación de bienes jurídicamente protegidos, como la integridad física e incluso la vida por ser de adecuación social.
5. La reforma del Código Penal, no regula las operaciones transexuales o los cambios de órganos que en general, no contribuyen a la salud ni son para mejorar la apariencia de los sujetos como lo establece el artículo 157 del Código Penal, por lo cual, son conductas que estarán sujetas a lo que se

conoce como adecuación social, es decir conductas toleradas históricamente por el ordenamiento jurídico sin ser causas de atipicidad o causa de antijuridicidad.

6. Aun cuando en el Derecho Penal sustantivo, existe el consentimiento como parte del tipo y como una frontera que determina una conducta delincuencia o una conducta sin relevancia a efectos de punibilidad, la formulación del artículo 157 del Código Penal de Nicaragua, constituye un avance sustancial en esa materia, y que tendrá su culminación cuando sea enriquecido por la jurisprudencia nacional.

## **11. Recomendaciones**

1. Se debe generar debate entre los estudiosos del Derecho Penal a nivel de los operadores de justicia sobre el tema del consentimiento y la actividad medica, toda vez que cada día aumentan casos en los cuales se ha llevado a los tribunales a profesionales de la medicina, por actuaciones que rebasan los límites del consentimiento e incluso por imprudencia.
2. Se hace necesario la regulación de las conductas, en las cuales se pone en riesgo y se afectan bienes jurídicos, sea como eximentes de responsabilidad penal y dándole relevancia al consentimiento, para la realización de este tipo de actividad, que sería típica sino estuviese regulada de la misma forma que las lesiones producidas para curar o para mejorar la apariencia física.
3. Se debe incidir desde las Universidades, para promover el estudio de este tema a lo interno del gremio médico, a fin contribuir a la prevención general y de ampliar los conocimientos en materia penal de los que realizan constantemente actividades que ponen en riesgos los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento de Nicaragua.

## LISTA DE REFERENCIA

### OBRAS

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, España: Heliasta S.R.L. 1996.

DIAZ PINTO, Guillermo, “*El Consentimiento una garantía de la Libertad del Paciente o un expediente para eximir la responsabilidad*”. Buenos Aires, editorial Lanús. 1997.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “*El Tratamiento Jurídico-penal y Doctrinal de la Eutanasia en España*”. Madrid, Editorial Colex.1998.

EDORTA CABREROS, Mendozano, *La negativa a los tratamientos sanitarios, en los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios*. Cuarto congreso Derecho y Salud Vitoria. Madrid, España. 1996.

GALAN CORTEZ, Julio Cesar, “*El Consentimiento Informado de los Usuarios de los Servicios Sanitarios*”, Editorial Colex.1997.

LUZON PEÑA, Diego Manuel, “*Curso de Derecho Penal, Parte General*”, Editorial Hispamer, Managua Nicaragua. 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*. Editorial Temis, Colombia, 1990.

PIERANGELI, José Henríque, “*El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito*”. Editorial del Puerto. Buenos Aires.1998.

### REVISTAS

ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto, “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado” en Revista “La Ley, Madrid. 1990, pp 870-871.

ARMAZA GALDOS, Julio, “La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico” Revista de derecho penal y criminología, No 1, 2 época.1998, pp 120-157.

BACIGALUPO, Enrique, “El Consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima. 1993, p 33.

CASABONA ROMEO, Carlos María, “Límites de la Posición de garantes de los Padres respecto al hijo menor” en Revista de Derecho Penal y Criminología, No VII, 2 época, 1998 p.347.

BUENO ARUS, Francisco, Ponencia en las “Jornadas sobre el Derecho en las fronteras de la medicina” en Revista Poder Judicial, No 15, 1985, pp 11-20.

CEREZO MIR, José, “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación” en Revista Estudios de Derecho Penal y Criminología, UNED-Madrid. No IV, 1989, pp 201-205.

FERNANDEZ ALBOR, Agustín, “Asistencia médica y Omisión del deber de socorro” en Revista Estudios Penales y Criminológicos, Madrid, España. No 457, 1984, p 157.

VICENTE REMESAL, Javier de, “Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, en Revista Cuestiones actuales de la Teoría del Delito, Mc Graw Hill, Madrid España, 1999, pp 118-119.

## **LEGISLACIÓN**

Ley 423, Ley General de Salud de la República de Nicaragua, publicada en la Gaceta Diario Oficial número 9 del 17 de mayo del año 2002.

Ley 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en la Gaceta Diario Oficial, número 83 del 5 de Mayo del 2008.

Ley 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en la Gaceta Diario Oficial, números 84 del 6 de Mayo del 2008.

Ley 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en la Gaceta Diario Oficial, número 85 del 7 de Mayo del 2008.

Ley 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en la Gaceta Diario Oficial, número 86 y del 8 de Mayo del 2008

Ley 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en la Gaceta Diario Oficial, número 87 del 9 de Mayo del 2008

Código Civil de la República de Nicaragua, publicado en la Gaceta Diario Oficial, número 2148, del 5 de febrero de 1904.

## **EN LÍNEA**

Informe de *Consentimiento informado*. Recuperado el 15 de Noviembre, 2009.  
[http://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento Informado](http://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento_Informado).

Inca Torres, J.I. *El Acto Medico*. Recuperado el 13 de Junio 2007.  
<http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main.demedicina23155sal=actomedico2.htm>

Guzmán Mora, F. acto médico-clínico. Recuperado el 15 enero 2010.  
<http://www.encolombia.com/heraldo2423002nprma.htm>.



